جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٣٧

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمی الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۳۷

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا- و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۳۷، ص: ۱

اشاره

[تتمه القسم الرابع فی الأحكام]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

و الحمد لله رب العالمین، و صلی الله علی محمد و آله الطیبین الطاهرین الغر المیامین.

[کتاب الغصب]

اشاره

کتاب الغصب و النظر فی السبب و الحکم و اللواحق

[النظر الأول فی السبب]

[تعریف الغصب]

فالغصب هو لغه أخذ الشی ء ظلما، کما فی القاموس و غیره قال فی الأول: «غصبه یغصبه: أخذه ظلما کاغتصب، و فلانا علی الشی ء:

قهره» و فی الصحاح «الغصب: أخذ الشی ء ظلما، تقول: غصبه منه و غصبه علیه بمعنی، الاغتصاب مثله، و الشی ء غصب و مغصوب» نعم فی الإسعاد لبعض الشافعیه زیاده «جهارا» لتخرج السرقه و نحوها، و عن ابن الأثیر أنه أخذ مال الغیر ظلما و عدوانا.

و إليه يرجع ما فی الکتاب و القواعد و النافع و الإرشاد و الدروس و اللمعه و التنقیح من أنه الاستقلال بإثبات الید علی مال الغیر عدوانا بل فی المسالک نسبته إلی الأکثر، إذ لیس فیها إلا تبدیل الأخذ بالاستقلال نظرا إلی صدق الغصب بذلک و إن لم یکن أخذا، کما لو کان المال فی یده فغصبه، مع أنه یمکن إراده ما یشمل ذلک من الأخذ الموافق ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «علی الید ما أخذت».

و أبدل الاستقلال فی التحریر و الإیضاح بالاستیلاء علی مال الغیر بغیر حق، کما أنه فی التبصره و الروضه و غیرهما من کتب متأخری المتأخرین تبدیل المال بالحق، فقالوا: «الاستیلاء علی حق الغیر عدوانا» و فی الکفایه و المفاتیح «الاستیلاء علی حق الغیر بغیر حق» و ستعرف الوجه فی ذلک کله. و عن الوسیله «الاحتواء علی مال الغیر بغیر تراض».

و فی التنقیح «أن الفقهاء یطلقون الغصب علی ما فی التعریف الأول و علی ما یشبهه من المفهومات إما بالإتلاف مباشره أو تسبیبا، و إما بالقبض بالبیع الفاسد» و نحوه قول بعض الشافعیه: «إن کل مضمون علی ممسکه مغصوب» و فی المسالک «أن الأظهر إطلاقه علی ما یقتضی الإثم و غیره و الأغلب الأول».

قلت: الذی یحضرنی من استعمال لفظ الغصب فی الکتاب و السنه قوله تعالی(۲)«یَأْخُذُ کُلَّ سَفِینَهٍ غَصْباً» و

قول الصادق (علیه السلام) فی خبر أبی ولاد(۳)فی شأن البغل الذی استأجره حیث قال: «فلی

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۲- ۲ سوره الکهف: ۱۸- الآیه ۷۹.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الغصب- الحدیث ۱.

علیه علفه؟ قال: لا، لأنک غاصب»

و قول أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۱): «إذا اغتصب أمه فاقتضت فعلیه عشر قیمتها»

و «الحجر المغصوب فی الدار رهن علی خرابها»(۲)

و قول أبی الحسن (علیه السلام) فی ذکر ما یختص بالإمام: «و له صوافی الملوک ما کان فی أیدیهم علی غیر وجه الغصب، لأن الغصب کله مردود»

و فی الخبر(۳): «من غرس أو زرع فی أرض مغصوبه فله الزرع و الغرس، و علیه الأجره لصاحب الأرض».

و فی آخر(۴): «عن رجل اغتصب امرأه فرجها».

و فی ثالث(۵): «أول فرج غصبناه».

و فی النبوی(۶)«من غصب شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضین یوم القیامه».

و فی آخرین(۷)«من غصب أرضا»

و «غصب فدک»(۸)

و «غصب علی (علیه السلام) الخلافه»(۹)

و «غصب أولاده حقوقهم»(۱۰).

و علی کل حال فلیس للغصب حقیقه شرعیه قطعا، کما أنه لیس له أحکام مخصوصه زائده علی المضمون بقاعده الید

و «من أتلف»

کی یحتاج

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸۲- من أبواب نکاح العبید و الإماء- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الغصب و هو نقل بالمعنی.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب النکاح المحرم- الحدیث ۱ من کتاب النکاح.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب ما يحرم بالكفر- الحديث ۲ من كتاب النكاح، و فيه « إن ذلك فرج غصبناه».

۷- ۷ لم أعثر على مصدره من كتب الاخبار مع التتبع التام فى مظانه، و إنما ذكره ابن قدامه فى المغنى ج ۵ ص ۳۷۸ و السرخسى فى كتاب المبسوط ج ۱۱- ص ۴۹.

۸- ۸ كنز العمال ج ۵ ص ۳۲۸ الرقم ۵۷۴۱ و هو نبوى واحد، و فيه « من غصب رجلا أرضا».

۹- ۹ ورد فى الزياره المخصوصه لأمير المؤمنين عليه السلام يوم الغدير: « غصب الصديقه. فدكا».

۱۰- ۱۰ جاء فى البحار- ج ۸ ص ۳۸۸ من طبعه الكمبانى« الذين غصبوا آل محمد ص حقهم».

إلى المتعبه فى تنقيح معناه، و قولهم: «إن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال فيضمن القيمه و إن زادت عن ديه الحر، و يكلف إذا أتلف المثلى بالمثل و إن تضاعفت قيمته» ستعرف تحقيق الحال فيه.

و على تقديره فالمتجه ملاحظه المعنى اللغوى لا الاصطلاحى بين الفقهاء الذى مبناه ملاحظه الضمان لا خصوص كونه غصبا، و إلا فليس المأخوذ غلطا أو نسيانا مغصوبا قطعا.

و من هنا يظهر لك الحال فيما أطنبوا فيه فى المقام من المناقشه فى التعريف الأول بعد أن ذكروا أن المراد بالاستقلال فيه الإقلال: أى الاستبداد به، و أنه احترز به عما لو أزعج المالك عن ماله و لم يستول عليه، فإنه لا يضمن لو تلف المال، و كذا لو هد مقود الدابه المركوبه لمالكها مع قوته على دفعه.

و بالمال عن إثبات اليد على ما ليس بمال كالحر، فإنه لا يضمن، نعم يشمل المال العين و المنفعه المجرده عنها، كما لو آجر داره ثم استولى عليها، فإنه يكون غاصبا للمنفعه، و يخرج منه منفعه البضع، فإنها و إن دخلت فى المنفعه لكن لا تدخل فى المال الذى ينقسم اليه العين و المنفعه، فالداخل هنا فى المال منفعه خاصه، و هى منفعه المال لا مطلق المنفعه، كما أن المراد بالعين عين خاصه، و هى عين المال لا مطلق العين.

و بإضافه المال الى الغير عن مال نفسه، كما لو أثبت يده على ماله عدوانا، كالمرهون المشروط كونه فى يد المرتهن مثلا، فإنه ليس بغاصب.

و بالعدوان عن إثبات يد المرتهن و الولى و الوكيل و المستأجر و غيرهم مما لا يكون عدوانا.

فأوردوا عليه- و إن كان لا يخفى عليك ما فى بعضه أو جميعه- بأنه ينتقض فى عكسه بما لو سكن مع المالك قهرا أو بغير إذنه و إن قدر

المالک على دفعه فلم يفعل، فإنه غير مستقل بإثبات اليد، لمشاركه المالک له فى اليد، بل ربما كان المستقل بها فى الثانى هو المالک.

بل ينتقض بما لو اشترک اثنان فى غصب مال بحيث يعجز كل واحد عن الاستقلال به منفردا، فإنه لا استقلال لكل واحد بالمال، و إنما هو مركب منهما، مع أن كل واحد منهما محكوم بكونه غاصبا، و من ثم تخير المالک فى تضمين من شاء منهما. و إلى ذلک نظر من بدل الاستقلال بالاستيلاء.

و بما لو أذن غير المالک لغيره فى سكنى داره و الساكن جاهل بالحال، فإنه ليس بغاصب، لأنه غير متعد، و الآذن و إن كان متعديا بالاذن إلا أنه غير مستقل بإثبات اليد، مع أنه الغاصب شرعا، و الضمان راجع عليه.

و بما لو استقل بإثبات اليد على حر صغير أو مجنون فتلف بسبب، كلدغ حيه أو وقوع حائط عند الشيخ كما سيأتى.

و بأن منفعه البضع قد تضمن، كما لو تعمدت الرضاع المحرم، أو رجع الشاهدان بالطلاق عنه.

و بما لو استولى المالک على ماله المرهون عدوانا، فإنه يضمنه مع التلف بالمثل أو القيمه، و يكون رهنا، و حق المرتهن لا يسمى مالا.

و بما لو استقل باليد على حق الغير فى نحو المدرسه و الرباط و المسجد و التحجير، فإنه فى جميع ذلک غاصب مع أنه لم يستول على ماله.

و بما لو غصب الوقف العام، فإنه ليس ملكا للغير أو الخاص على القول بانتقال ملكه إلى الله تعالى، و إليه نظر من بدل المال بالحق.

و بما سيأتى من الصور التى يضمن فيها المال بالتسبيب من دون أن تستقل يده، كما لو فتح قفص الطائر أو حل قيد الدابه و نحو ذلک.

و بمن ترتبت يده على يد الغاصب جاهلا، فقد سموه غاصبا،

و جوزوا الرجوع علیه، مع أنه غیر عاد، و کذا من سکن دار غیره أو لبس ثوبه غلطا.

و من هنا عدلوا عن التعریف المزبور إلی ما سمعت، و إن اختلفت عباراتهم فی المعدول إلیه أیضا.

و فی المسالک «و من تعریفاته أنه الاستیلاء علی مال الغیر بغیر حق، و هو أعم من الأول، و سالم من کثیر مما یرد علیه، و متناول لهذه الأسباب الأخیره الموجبه للضمان مع عدم العدوان، فان عدم الحق أعم من العدوان لأن المستولی علی مال الغیر جهلا أو غلطا غیر عاد و إن کان ذلک بغیر حق، کما لا یخفی- إلی أن قال-: و عذر الأول أن الثابت فی هذه المواضع حکم الغصب، لا حقیقته التی لا تتم إلا بالتحریم، و یبقی فیه مشارکته للأول فی الاستیلاء علی حق الغیر مما لیس بمال، فکان الأجود علی هذا عباره ثالثه، و هی الاستیلاء یتناول مشارکه المالک فی الانتفاع بماله و إن لم یکن مستقلا، و کذا المشارک فی الغصب لغیره من غیر أن یکون أحدهما مستقلا، و الحق یشمل المال من عین أو منفعه و غیره، کما ذکر فی الأمثله و غیرها، و بغیر حق یشمل باقی أفراد الضمان الذی لم یتحقق معه العدوان، و الأظهر فی الاستعمال إطلاق الغصب علی ما یشمل المقتضی للإثم و غیره و إن کان الأغلب الأول».

قلت: و منه ما فی الدروس و غیرها من «أن تحریم الغصب عقلی و إجماعی و کتابی و سنی، قال الله تعالی «وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ»(۱). «وَیْلٌ لِلْمُطَفِّفِینَ»(۲).

۱- ۱ سوره البقره: ۲ الآیه ۱۸۸.

۲- ۲ سوره المطففین: ۸۳ الآیه ۱.

«الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوالَ الْيَتامى ظُلْماً»(۱).

و قال النبی (صلی الله علیه و آله)(۲): «إن دماءکم و أموالکم علیکم حرام. لا یحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطیب نفسه».

إلی آخره و نحوه غیره.

و منه یعلم عدم کون ما ذکر أخیرا من الجاهل و الناسی غاصبا، ضروره عدم الإثم فیه، و إن ثبت له حکم الغصب الذی هو الضمان الناشئ من قاعده «علی الید» الشامله للغصب و غیره.

کما أنه من الجمیع یعلم عدم الغصب فی المتلف مباشره أو تسبیبا من دون استیلاء و إن ضمنه بقاعده الإتلاف أو الضرار.

بل مما ذکرنا یعلم الخبط فی کثیر، ضروره عدم حقیقه شرعیه للغصب، بل هو باق علی المعنی اللغوی الموافق للعرفی

الذی یمکن عدم اندراج السرقه فیه، و إلیه نظر من اعتبر الجهار فیه، بل لا بد فیه من قهر و استعلاء و نحوهما.

و کأن الأکثر لم یلحظوا فیما سمعته من تعریفهم إلا کشف المعنی المزبور من حیث کونه سببا للضمان الذی یتعلق بالمال، و إن ذکروا غیره من أسباب الضمان معه فی کتاب الغصب، و لم یختلط علیهم المعنی المزبور و إن اختلفت عباراتهم فی تأدیته نحو اختلاف عبارات أهل اللغه فی تأدیه المعنی اللغوی التی ربما یکون بعضها أوضح من الأخری.

و الذی یسهل الخطب عدم أحکام شرعیه معلومه زائده علی الضمان عنوانها الغصب کی یحتاج إلی التعب فی تحقیق معناه إلا نادرا، کتکلیف الغاصب بالرد و إن استلزم المشقه الشدیده بتلف المال و غیره.

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب القصاص فی النفس- الحدیث ۳ من کتاب القصاص.

و حينئذ لا ريب فى الرجوع فيه إلى المعنى اللغوى الموافق للعرفى دون الاصطلاحى الذى سمعت نسبته فى التنقيح إلى الفقهاء بعد تسليمه كما هو واضح.

و على كل حال ف لا- يكفى فى تحقق كون المال مغصوبا رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده كما صرح به الفاضل و غيره، بل عن التذكره نفى الشك فيه، لما عرفت من كونه الأخذ أو الاستقلال أو الاستيلاء، و الجميع غير صادق و إن أطلق على الشخص نفسه أنه مغصوب بمعنى كونه مقهورا.

و حينئذ فلو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت لم يضمن.

و كذا لو منعه من القعود على بساطه أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقيه أو تلفت عينه كما فى النافع و محكى التحرير و التبصره و شرح الإرشاد للفخر و إن لم يذكر فى بعضها تمام الأمثله، بل فى المسالك و غيرها نسبته إلى المشهور، للأصل بعد عدم تحقق الغصب بعدم إثبات اليد.

لكن عن التذكره بعد أن نفى الشك عن عدم تحقق الغصب فى الدابه المزبوره قال: «و هل يضمن؟ قال بعض علمائنا: لا يضمن، و فيه إشكال».

و منه يعلم أنه لا يلزم من عدم كونه غاصبا عدم كونه ضامنا، لإمكان سبب آخر غير الغصب.

و لعله لذا قال فى المسالك و تبعه عليه غيره: «إنه ينبغى أن يختص ما ذكروه بما لا يكون المانع سببا فى تلف العين بذلك بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبره فى حفظها و المالك غير معتبر فى مراعاه الدابه، كما يتفق لكثير من الدور و الدواب، أما لو كان متوقفا على

سکنی الدار و مراعاه الدابه لضعفها أو کون أرضها مسبعه مثلا فان المتجه الضمان، نظرا إلی کونه سببا قویا مع ضعف المباشر» و هو المحکی عن الشهید فی بعض فتاواه و الکرکی، و استحسنه فی الریاض،

لعموم «لا ضرر و لا ضرار»(۱).

قال: «و من هنا یتوجه الحکم بضمان نقص القیمه السوقیه للمتاع إذا حصل بمنع المالک عن بیعه و لو مع بقاء العین و صفاتها، و ذکر القائل المتقدم أنه لم یضمن قطعا، لأن الفائت لیس بمال بل اکتسابه، و هو کما تری، لاتحاد وجه الحکم بالضمان هنا و فیما مضی، و هو صدق الإضرار المنفی شرعا، و لیس فیه ما یقتضی تخصیص الضرر المنفی بما یکون متعلقه مالا، و لعله لذا اختار الشهید فی بعض فتاواه الضمان هنا، و إن قوی فی الدروس عدم الضمان مطلقا وفاقا للمشهور، کما فی المسالک و الکفایه».

قلت: لا ینبغی التأمل فی عدم ضمان نقصان القیمه السوقیه، لعدم تفویت مال علیه بمباشره أو تسبیب، و من هنا لم تضمن منافع الحر إجماعا، مع أن

قاعده «لا ضرر و لا ضرار»

تأتی فیه.

علی أن استفاده الضمان من القاعده المزبوره متوقفه علی الانجبار بفتوی الأصحاب، إذ لا اقتضاء لها إلا عدم مشروعیه ما فیه الضرر و الضرار فی الإسلام علی معنی النهی عن إیجاده، و هو إنما یقتضی حرمه ذلک، لا الجبر بالضمان المتوقف علی إراده انتفاء وجوده فی الدین المنزل علی إراده جبر ما یحصل منه فیه بالغرامه، لأنه أقرب المجازات إلی نفیه، بل یمکن دعوی إراده ذلک حقیقه من النفی بلا تجوز.

إلا أن ذلک کله کما تری لا یصلح دلیلا لذلک من دون انجبار

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات.

بفتوى الأصحاب فضلا عن الفتوى بخلافه، بل فى الدروس و جامع المقاصد و الروضه لم يضمن فى الفرض قطعا، مع حكمهم بالضمان فى الأول مع فرض التسبيب.

و ما يحكى عن الشهيد فى بعض فتاواه مع أنه لم نتحققه من الفتاوى المهجوره، خصوصا بعد اتفاقهم ظاهرا فى أسباب الضمان الثلاثه على انحصار اقتضائها الضمان فى تلف المال عينا أو منفعه، كما هو واضح.

نعم ما استحسنه من الضمان فى الأول تبعا لمن عرفت فى محله، مع فرض تحقق معنى السببيه المقتضيه للضمان فى الصوره المفروضه، و الأصل فيه ما سمعته من الفاضل فى محكى التذكره و إليه أشار فى الدروس بقوله: «و للفاضل وجه بالضمان و إن لم يسم غاصبا» و لكن ظاهرهما احتمال الضمان مطلقا، لا فى خصوص صوره التسبيب التى قيد بها كلامهم من عرفت.

على أنه إن كان منشأه قاعده نفى الضرر كما سمعته من الرياض يتجه إطلاق الضمان حتى فى صوره عدم كونه سببا، ضروره حصول الضرر بمنع إمساكه الذى اتفق تلف الدابه معه بأكل سبع فى أرض غير مسبعه على وجه يكون سببا، و لا أظن أنه يلتزمه سيد الرياض، و منه يظهر ضعف كلامه زياده على ما سمعت.

و على كل حال فعلى القول بالضمان فى صوره التسبيب خاصه فالظاهر عدم اندراجها فى إطلاق المشهور عدم الضمان المراد منه- بقرينه التفريع على ما ذكروا فى معنى الغصب- عدمه من حيث الغصب الذى هو سبب فى ضمان المغصوب و إن تلف بآفه سماويه، لكون اليد يد ضمان، فالغرض أنه بمجرد رفع يد المالك لا يدخل فى ضمانه دخول المغصوب الذى لا يتحقق إلا بإثبات اليد مع ذلك.

بل يؤكد ذلک ما تسمعه من المشهور حتى المصنف من الجزم بالضمان أو التردد فيه فيما لو منعه من حراسه ماشيته حتى تلفت، فلا يتوجه ما وقع من هؤلاء الجماعه من دعوى تقييد المشهور بما ذكروه، فان مقتضاه قول المشهور بعدم الضمان فى صوره الإتلاف التسبيبى المجمع على الضمان به كما ستعرف. و احتمال استثناء خصوص السبب المزبور منه واضح الفساد.

نعم قد يشک فى حصول التسبيب فى الصوره المزبوره و نظائرها من دعوى احتمال كون الثابت من السبب المقتضى للضمان ما لا يشمل الفرض المزبور، كما ستعرف تحقيق ذلک فيما يأتى إنشاء الله تعالى. هذا كله فيما إذا لم يحصل إلا منع المالک عن ماله.

أما لو قعد على بساط غيره أو ركب دابته ضمن لتحقق معنى الغصب الذى هو الاستقلال أو الاستيلاء أو الاحتواء بل أو الأخذ بذلک فيهما، بل فى القواعد «و يتحقق إثبات اليد فى المنقول بالنقل إلا فى الدابه، فيكفى الركوب، و فى الفراش الجلوس عليه» و هو صريح فى استثنائهما من المنقول، و إن كان هو كما ترى.

فلا إشكال فى تحقق الغصب مع الجلوس على البساط و ركوب الدابه، سواء قصده أم لا، و سواء كان المالک حاضرا و أزعجه أم لا، لتحقق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبره، أو مطلقا حيث يكتفى به فى الضمان.

و ربما قيل باشتراط نقل المنقول فى ضمانه، فلا يكفى مجرد ركوب الدابه من غير أن تنتقل به و الجلوس على البساط كذلک، نظرا إلى أن ذلک هو القبض فى البيع و غيره لأمثاله من المنقولات.

و جوابه منع عدم تحقق القبض مطلقا بذلک، فان القبض له حكمان:

أحـدهما دخوله فی ضـمانه، و هو حاصـل بـالركوب و الجلوس من غير نقـل، و الثـانی تمكينه من التصـرف، و هـذا يشـترط فی الركوب، و نحوه إذن المالک فيه، و لا فرق فی هـذا بين أن ينقله و عـدمه، فلا وجه لإخراج التصـرف بغير النقل من القبض على هذا التقدير.

و كأنه لا حاصل له، و إن كان الفاضل فی محكی التذكره قد ذكر أيضا «أن للقبض فی البيع حكمين على ما سمعته من التفصيل إلا أن ذلک لا مـدخل له فی رد بعض الشافعيه القائل بأن القبض هنا كالبيع لا يتحقق فی المنقول إلا بنقله، حتى أن الكركی فی باب تسـليم المبيع أشـكله بأنه لو أخذه المشتری بيده و لم ينقله بل تسلمه فی موضعه الذی كان فيه ثم تلف لا يكون فی ضمانه، مع أنه فی يده، و خبر عقبه بن خالد(۱)يدل على ذلک، إلا أن ما دل على ثبوت الضمان بإثبات اليد ينافيه، و الجواب يحتاج الى فضل تأمل، و تحقيق هذا موقوف على تحقيق معنى إثبات اليد» انتهى.

فكون القبض له حكمان لا مدخل له فی ذلک، على أن مرجع الحكمين المزبورين إلى القبض و الإقباض، لا إلى اختلاف معنى القبض فی المقام و فی البيع.

فـالتحقيق فی الجواب عـدم اعتبـار النقـل فی قبض المنقول فی المقـامين بـل فی كـل مقـام اعتبر الشارع فيه القبض، لتحققه عرفا بإثبات اليد بتصرف بل و بدونه و إن لم يحصل فيه نقل، كما حققنا ذلک فی كتاب البيع، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و من الغريب مـا يظهر من الفاضـل فی المقـام من التفصـيل فی المنقـول بين الـدابه و الفراش و بين غيرهمـا. فيتحقـق القبض فی الأولين بالركوب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب الخيار- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

و الجلوس و إن لم يكن نقل، بخلاف غيرهما. و لا نعرف له وجها إلا دعوى العرف المردوده على مدعيها، ضروره اتحاد الجميع فيه.

و أغرب منه دعوى كون القبض هنا كالقبض فى البيع الذى ذكروا فيه أنه فى المكيل و الموزون لا يحصل إلا بكيله و وزنه، فيقتضى حينئذ توقف الغصب على ذلك، و هو معلوم الفساد.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال عندنا فى أنه يصح غصب العقار و يضمنه الغاصب بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى ما سمعته من النصوص(۱)و إلى صحه بيعه و غيره مما يتوقف على تحقق القبض.

فما عن أبى حنيفه و تلميذه أبى يوسف- من عدم تصور غصبه لعدم تصور إثبات اليد فيه- واضح الضعف، بل و الفساد، ضروره كونه يتحقق عرفا غصبه بإثبات اليد عليه مستقلا من دون إذن المالك من غير فرق بين أن يزعج المالك فيخرجه و يدخلها

بقصد السكنى و عدمه بأن يستولى عليها و يتسلم مفاتيحها و إن لم يدخلها أصلا.

لكن فى القواعد «أنه يتحقق الغصب فى العقار بالدخول و إزعاج المالك، فإن أزعج و لم يدخل أو دخل لا بقصد الاستيلاء و لم يزعج لم يضمن».

و يمكن حمله على إراده تحقق الغصب بذلك، خصوصا مع ملاحظه كلامه فى التذكره، لا توقفه عليه كما فهمه منه فى المسالك، و أورد عليه بالساكن مع المالك، و بغصب العقار مع غيبه المالك.

ثم الظاهر أن تقييده بقصد الاستيلاء للاحتراز عن الداخل لا بقصده بل لينظر إليه ليتخذ مثله مثلا، فإنه ليس بغاصب عرفا قطعا.

۱- ۱ المتقدمه فى ص ۹.

لکن لو انهدمت فی تلک الحال فعن التذکره فی الضمان إشکال ینشأ من أنه قد حصل التلف فی یده، کما لو أخذ منقولا من بین یدی مالکه لینظر إلیه فتلف، فإنه یضمنه، و من الفرق بینهما بأن الید علی العقار حکمیه لا حقیقه کالید علی المنقول، فلا بد فی ثبوت الید علی العقار من أمر آخر، و هو قصد الاستیلاء.

و فی جامع المقاصد بعد أن ذکر کلاما یوهم اعتبار الأمرین فی غصب العقار، قال: «و ینبغی أن یقال: المزاحم للمالک فی العقار إما أن یدخل علیه مستولیا أو لا، و علی کل من التقدیرین إما أن یزعجه أو لا، و علی کل تقدیر إما أن یکون الغیر قویا و المالک ضعیفا أو بالعکس أو یکونان قویین، هذه عده صور»:

من یدخل علی المالک مستولیا و یزعجه أو لا یزعجه و لکل منهما قوه فیضمن النصف، لأن الإزعاج للمالک غیر معتبر فی الغصب للعقار کما ذکره فی التذکره.

و لا یعتبر قصد الاستیلاء إذا تحقق الاستیلاء و إن اعتبره هنا و فی التحریر، لحصول الید و الاستیلاء حقیقه، فهذه صورتان.

و لو دخل الضعیف علی القوی بقصد الاستیلاء فلیس بغاصب، إذ لا أثر لقصد شی ء لا یتمکن من تحقیقه، و لو دخل القوی علی الضعیف مستولیا (بحیث خ) اضمحلت یده، فالمتجه کونه غاصبا للجمیع، و لا فرق فی هذین الموضعین بین الإزعاج و عدمه، فهذه أربع صور اخری.

و لو أزعج القوی لمثله و لم یدخل أو القوی الضعیف کذلک ففی تحقق الغصب إشکال، ینشأ من أن قبض العقار یکفی فیه التمکن من التصرف و التخلیه و تسلیم المفتاح کما سبق فی البیع، و بذلک یدخل تحت

يد المشترى و فى ضمانه، فيجب أن يكون هذا القدر كافيا فى صدق الغصب، و من أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول، لأن الاستيلاء به يحصل. و نحو ذلك قال فى التذكره هنا، و فى التحرير جزم باشتراط الدخول، و المسأله موضع تردد، و لا يتصور إزعاج الضعيف القوى.

و لا أثر لانتفاء الدخول و الإزعاج إلا إذا كان المالك غائبا فأسكن غيره مع جهل الغير، فان فى الدروس أن الآمر غاصب لأن يد المأمور كيده، و الساكن ليس بغاصب و إن ضمن المنفعه، و يشكل بما لو انهدمت الدار و هو فيها مثلا، فان عدم التضمين مع إثبات يده بغير حق و إن كان مغرورا بعيد، فان قال بثبوته و لم يسمه غاصبا فلا مشاحه فى التسميه و هو ملخص ما ذكره فى التذكره كما أن ما فيها تلخيص ما فى بعض كتب الشافعيه.

و لعل الأولى من ذلك إيكال الأمر فى صدق الغصب و صدق أخذ اليد إلى العرف الذى هو المرجع فى نحو ذلك، ضروره عدم حصول كشف العرف بما ذكره فى صوره دخول الضعيف على القوى و استيلائه على ما تصرف فيه و ثبت يده عليه، فان عدم تحقق الغصب به بناء على أنه الاستيلاء ممنوع، إذ قوه المالك لا تنافى صدق الاستيلاء و إثبات اليد من الضعيف، و أوضح من ذلك استيلاء الضعيف دار المالك القوى الخاليه عنه.

على أنه لو سلم عدم تحقق الغصب بناء على اعتبار القهر فيه أو الاستقلال المفقود فى الصوره الأولى فلا ريب فى الضمان من حيث قاعده اليد و ان لم يكن غصبا.

و كذا ما ذكروه فى صوره دخول القوى على الضعيف مستوليا من

اضـمحلال يد المالك و كونه غاصـبا للجميع، إذ يمكن منعه مع فرض بقاء تصـرف المالك و عدم رفع يده، و قدره القوى على رفع يده لا يقتضـى اسـتقلاله بإثبات اليد، و حينئذ فلا يتجه ضـمانه الجميع على التقدير المزبور، و دعوى اختصاصه باليد ممنوعه كل المنع، اللهم إلا أن يفرض دخوله على وجه لم يبق له يد أصـلا و كان الجميع فى يد القوى و استيلائه، و ربما يشـهد لذلك ما عن بعض النسخ من فرضه على هذا الوجه.

و كـذا ما ذكروه فى صوره الإشـكال الـذى لا ينبغى حصوله مع فرض كون الإزعاج لتحقق الاستيلاء الـذى يكفى مثله فى قبض العقـار و صـيرورته تحت يـده، كمـا فى غصب الملـك دار بعض رعيته، فان احتمال توقف صـدقه على دخوله واضـح المنع فى العرف.

كمـا أنه لاـ ينبغى حصوله بالازعـاج الـذى لم يقصـد به الاستيلاء على الـدار، فان هرب المالك و إزعاجه خوفا من الملك على نفسه لا يقتضى غصب الدار مع فرض عدم إراده الاستيلاء عليها.

و بـالجمله إيكـال الأـمر إلى العرف فى صـدق الغصب و القبض و إثبات اليـد أولى من الإطناب فى ذكر الأفراد المختلفه باعتبار خصوصياتها.

و من هنا لم يمكن كشف المعانى العرفيه باعتبار عدم الإحاطه بخصوصـياتها التى تدرك بالذوق و حسن الانتقاد فى كل موضع بخصـوصه، و لعـل إلى هـذا المعنى أشـار المصـنف بقوله: «و يتحقق» إلى آخره، ضـروره عـدم ذكره زيـاده على مـا سـمعته من التعريـف، فليس المراد منه إلاـ الإيكـال إلى العرف الـذى لاـ ريب فى تحققه بإزعـاج المالـك من داره و استيلاـئه عليهـا بـأخذ المفاتيح مثلا و نحوه و إن لم يدخل إليها كما عرفت.

و كذا لو أسكن غيره فيها بعنوان الاذن منه و الرخصه، من غير فرق بين جهل الساكن بالحال و علمه، و إن كان فى الثانى يكون

كل منهما غاصبا، كما أن كلا منهما ضامن فى الأول و إن لم يكن الجاهل غاصبا، لعدم علمه بالحال إلا أنه ضامن بإثبات اليد و استيلائه على مال الغير بغير حق فى الواقع، فهو كالغاصب فى ضمان العين و المنفعه و إن لم يسم غاصبا اصطلاحا، لأن ضمان المأخوذ باليد بعد فرض تحقق صدقه عرفا لا يتوقف مع ذلك على صدق الغصب معه، لعموم قاعده اليد، فنفى الضمان من بعضهم هنا عما لم يتحقق فيه الغصب و إن تحقق فيه إثبات اليد لا وجه له، أو يراد منه نفيه من حيث الغصب.

و على كل حال فلو سكن الدار مع مالكها قهرا لم يضمن الأصل أى جميع الدار، لعدم استقلاله لإثبات اليد، بل مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ضعف المالك و قوته، لأن الفرض عدم رفع يده، بل هى باقيه على نحو ما لو كان قويا.

و من هنا قال الشيخ: يضمن النصف مع فرض تساوى يديهما على الدار، و تبعه الأكثر بل المشهور، بل لا نجد فيه خلافا محققا.

و لكن فى المتن و تبعه بعض من تأخر عنه فيه تردد، منشأه عدم الاستقلال من دون المالك فلا يتحقق الغصب الذى هو الاستقلال بإثبات اليد، و لم نجده لأحد ممن تقدمه فضلا عن الجزم بعدمه، و إن حكاه المصنف فى النافع قولا، بل عن التنقيح نسبته إلى المبسوط إلا أنا لم نتحققه، و على تقديره فهو واضح الفساد، ضروره صدق الغصب بذلك عرفا المقتضى لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال أو للقول بتحققه هنا و لو بالنسبه إلى النصف.

و دعوى اعتباره فيه على معنى رفع يد المالك و لو على جهه المشاركه واضحه الفساد، لأن العرف أعدل شاهد بخلافها، بل مقتضى ذلك عدم

الضمان على الشخصين المشتركين فى غصب شى ء واحد على وجه الاستقلال لكل منهما، و هو معلوم الفساد اللهم إلا أن يفرق بين شركه المالك و غيره، و لكن العرف على خلافه قطعا.

و دعوى كون الغاصب حينئذ مجموعهما الذى حصل له وصف الاستقلال و تضمينه يقتضى التوزيع بينهما يدفعها إمكان القول بمثله فى الفرض و إن سقط الضمان بالنسبه إلى المالك، باعتبار عدم تصور ضمان ماله لنفسه، بل إن لم يكن إجماعا أمكن القول بضمان الغاصب لجميع عين الدار مع فرض إثبات يده عليها جميعها بالتصرف و الانتفاع و نحوهما، و إن كان المالك أيضا متصرفا بها أجمع، فإن اجتماع اليدين على الكل بالمعنى المزبور غير ممتنع، و الحكم بالتنصيف فى الملكيه فى مثله باعتبار عدم تعقل الحكم بملكيه الجميع الذى هو مقتضى اليد لكل منهما، فليس حينئذ إلا التنصيف بينهما كالبينتين، لا لأن يد كل منهما على النصف كما أوضحنا ذلك فى كتاب القضاء. أما فى المقام فلا- مانع من الحكم بضمان الغاصب لجميع العين باستيلائه على جميعها الذى لا ينافيه استيلاء المالك أيضا على جميعها، هذا بالنسبه إلى العين.

أما بالنسبه إلى المنفعه فيضمن الغاصب كل منفعه للعين التى صارت فى يده و استيلائه، سواء استوفاها أو لا، نعم ما استوفاها المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

هذا و فى الرياض تبعا للكفايه لا بد من التقييد بكونه متصرفا فى النصف مثلا بحيث يمنع المالك من أنواع التصرفات فيه، كالبيع و الهبه و أمثالهما، لا مجرد السكنى.

و فيه أنه يكفى فى ضمانه النصف إثبات يده بالسكنى على الإشاعه

و إن لم يمنعه عن التصرفات المزبوره، لصدق

«على اليد»(۱).

و عن مجمع البرهان أن ذلك- أى ضمان النصف- إذا شاركه فى كل موضع من البيوت، بحيث ما يزاحمه و لا يزعجه إلا عن النصف، ثم قال: «و يمكن أن يكون الحكم كذلك إذا شاركه فى البيوت من غير تعيين نصف، بل يقول له: أنا و أنت نكون فى هذه الدار مع إثبات يده على الكل و عدم منعه من شى ء، مثل الشريكين بالنصف و أحدهما يأذن للآخر».

و استجوده بعض من تأخر عنه، و قال: «لا فرق بعد فرض تصرفه فى قدر النصف أو أقل أو أكثر، لأن المتصرف فى جميع الدار مثلا- اثنان، فيحال الضمان عليهما كالجنايات، فلو جنيا عليه و مات من جنايتهما كانت الديه عليهما نصفين و إن كان أحدهما جرحه ألف جرح و الآخر جرحا واحدا».

قلت: لا يخفى عليك ما فى ذلك كله بعد الإحاطه بما ذكرناه، و أنه لا يقاص

المقام الذى بناء الضمان فيه على قاعده اليد على الجنايه التى يصدق أنهما معا قتلاه و إن تعددت جنايه أحدهما دون الآخر، بخلاف المقام الذى فرض فيه صدق الاستيلاء على الجميع و اليد على كل منهما، فيضمن الجميع من كانت يده يد ضمان دون الآخر، إذ ليس يد كل منهما على النصف حتى يختص ضمانه به.

و كذا لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه ما فى المحكى عن أبى العباس فى كتابيه من أن الغاصب لا يضمن من الأجره إلا قدر ما ينتفع به من السكنى، إذ قد عرفت أن المتجه ضمانه لكل منفعه عدا

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴. و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

ما استوفاها المالک، من غیر فرق بین ما استوفاها و ما لم یستوفها، لأن یده ید ضمان علی العین و علی المنفعه، بل القائل بالتنصیف یضمنه منفعه النصف و إن لم یستوفها.

بل قد یظهر لک بالتأمل فیما ذکرناه ما ذکره غیر واحد من التفریع علی القول بالتنصیف- منهم الفاضل المقداد فی التنقیح- أنه لو کان المالک أکثر من واحد هل یلزم الغاصب النصف أیضا أو بالنسبه فلو کان اثنین لزمه الثلث، و ثلاثه لزمه الربع؟ الأقرب الأخیر کما لو تعدد الغاصب. و التحقیق یقتضی الضمان علی نسبه ما استولی علیه و استقل به إن نصفا فنصف و إن ثلثا فثلث، و إن ربعا فربع، و هکذا.

و ظاهره کون التحقیق غیر ما جعله الأقرب أولا.

و فی الریاض أن ظاهر العباره و نحوها من عبائر الجماعه یقتضی عدم الفرق فی ضمانه النصف بین وحده المالک و تعدده، و یحتمل تخصیصها بالصوره الأولی و الرجوع فی الثانیه إلی الضمان بالنسبه، ثم حکی ما سمعته من التنقیح، و قال: هو جید.

قلت: قد عرفت أن ضمان العین یتبع الید و الاستیلاء، فمع فرض صیرورتها أجمع تحت یده علی وجه لا ینافی کونها مع ذلک تحت ید المالک یتجه ضمان الجمیع، نعم لو فرض تصور کون الداخل تحت یده النصف مشاعا أو الثلث کذلک من دون تصرف فی الجمیع اتجه حینئذ ضمان ذلک علیه خاصه.

و أما المنفعه فیضمن منها منفعه ما کان فی یده من غیر فرق بین ما استوفاه و غیره عدا ما استوفاه المالک، نعم لو فرض کون ما فی یده النصف و لکن نسبه انتفاعه بها إلی انتفاع المالک ثلثان و ثلث اتجه حینئذ ضمان النصف للعین و الثلثین للانتفاع.

و بالجمله فالمسأله فی غایه الغموض و محتاجه إلی التأمل التام. و الله العالم.

هذا کله فی قهر الغاصب المالک لقوته بالنسبه إلیه.

و أما لو کان الساکن ضعیفا عن مقاومه المالک لم یضمن من حیث الغصب قطعا بناء علی اعتبار القهر فی مفهومه الذی لا یتصور فی الفرض، و أما ضمانه من حیث الید فقد عرفت الحال فیه، و أن المتجه فیه الضمان.

و فی الدروس «لو سکن الضعیف مع المالک القوی فهو ضامن للمنفعه، و فی کونه غاصبا الوجهان» قلت: قد عرفت ضمانه العین أیضا لو تلفت، لقاعده «علی الید» و إن لم نقل بکونه غاصبا.

و لو کان المالک غائبا ضمن بلا خلاف أجده فیه بیننا و إن کان الساکن ضعیفا، معللین له بأنه غاصب، لأن الاستیلاء حاصل فی الحال، و أثر قوه المالک سهوله انتزاعه من یده و لیس بمتحقق.

و لکن لا یخفی علیک أن مثله آت فی الحاضر القوی، ضروره عدم الفرق فی سکناه مع عیال المالک بین حضور المالک و غیبته، و کذا سکناه فی دار المالک القوی الخالیه التی صرح فی التحریر بضمانها، إذ القهریه منتفیه علی کل حال، کما أن الاستیلاء حاصل علی کل حال.

و لا یراد بالأخذ المستفاد من

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «علی الید ما أخذت»

أزید من هذا، بل الظاهر عدم اعتبار قصد الغصبیه فیه، و منه یعلم الوجه فی ضمان المأخوذ للنظر و نحوه و ان استشکل فیه من عرفت.

بل فی الدروس «لو رفع کتابا بین یدی المالک فان قصد الغصب

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴. و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

فهو غـاصب، و إن قصـد النظر إليه ففى كونه غاصـبا الوجهـان» مع أن منشـأ الوجهين المـذكورين فى كلامه سابقا الشك فى أن الغصب الاستقلال أو الاستيلاء، و هما معا فى الفرض حاصلان.

نعم يمكن الشك فى كون المراد بالأخذ المستفاد من

قوله (صلى الله عليه و آله): «على اليد ما أخذت»

الاستبداد بالشى ء كالمالك أو الأعم منه و مما يشمل الأخذ للنظر و نحوه، الظاهر الثانى، بل لعله الموافق لكلمات الأصحاب فى غير المقام التى لا تخلوا من تشويش نشأ من إطناب الشافعيه فى تنقيح أفراد الغصب عرفا، و لعله لأنه من حيث كون الغصب سببا للضمان عندهم. و أما نحن فقاعده اليد أعم عندنا منه، و مساويه له فى كيفيه الضمان بالآفه السماويه و غيرها و إن كان هو أيضا سببا ل

قوله (عليه السلام) فى الخبر السابق(۱): «كل مغصوب مردود».

نعم ينبغى تنقيح قاعده اليد، و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه تحقيق القول فيها، و أنه لا بد فى الضـمان من إثباتها، لأنه هو معنى الأخذ، لكن يكفى فيه الأخذ المشترك و لو مع المالك، كما عرفت البحث فيه، و الأولى من ذلك إيكاله إلى العرف، و التمسك فى محال الشك فيه بأصل البراءه و نحوه كما سمعته فى الغصب و القبض، و الله العالم.

و كذا لو مد بمقود دابه فقادها بقصد الاستيلاء عليها أو ساقها كذلك ضـمن و إن كان مالكها حاضرا لكن غير مثبت يده عليها، لأنه حينئذ غاصب بمعنى مستقل بإثبات يده و مستول و محتو و آخذ.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحديث ۴ من كتاب الخمس و فيه « الغصب كله مردود».

نعم فی المتن لا یضـمن لو کان صاحبها راکبا لها کما فی محکی المبسوط، و مرادهما علی الظاهر کونه مع ذلک قادرا علی منع الغاصب، کما فی القواعد و جامع المقاصد و المسالک و غیرها، لعدم صدق الاستیلاء فضلا عن الاستقلال و الأخذ.

و إلیه یرجع مـا فی الإرشـاد إلاـ أن یکون المالک راکبا إلا مع الإلجاء، بمعنی کونه ملجأ غیر قادر علی دفعه، کقوله فی غیره: «و لو یمد بمقود دابه و صاحبها راکبها فلا استقلال إلا مع ضعفه عن المقاومه».

و لعل وجهه حینئذ صـیروره یده بمنزله العدم فی جنب القائد المفروض کونه قاهرا مستولیا نحو ما سمعته فی الداخل القوی علی مالک الدار الذی یده معه- لضـعفه و ان لم یزعجه- بمنزله العدم، فیضـمن الجمیع حینئذ، مع أنک قد عرفت الاشـکال فیه سابقا مع صدق بقاء یده و تصـرفه و إن کان الغاصب قادرا علی رفعهما إلا أنه ما لم یتحقق لا یصدق الاستقلال و الاستیلاء للجمیع، و مثله یأتی فی المقام، و لعله لذا تأمل فیه المقدس الأردبیلی، خصوصا مع ملاحظه الحکم له بالید فی مقام التنازع.

کما أنه قد یشکل ما ذکروه من عدم الضمان لو کان المالک الراکب قادرا بما تقدم لهم من ضمان النصف بدخول الساکن قهرا مع المالـک، و لعله لـذا لم یفرق بعضـهم بین المسـألتین، بل لعل حکایه العـدم قولا فی المسأله السابقه کما فی النافع مأخوذ من هذه المسأله.

و ربمـا فرق بأن القائـد لا استیلاء له مع المالک الراکب علی نصف و لا ربع، لأنه أقوی یـدا و أکثر تصـرفا، و لهـذا یحکم له بها عند التنازع.

و فیه أنه لاـ یتم علی القول بالتنصـیف عنـد التـداعی، کمـا عن الخلاـف و السـرائر و ثـانی المحققین و الشـهیدین، بـل عن ثانی الشهیدین التصریح فی

باب الـديات بأن جنايتها بيدها على القائد و الراكب بالتنصـيف، فيضـمن النصف أيضا هنا باعتبار إثبات يده مع يد المالك. كما لو ركبها معه.

بل قـد يقال بضـمانه الكل فى الفرض باعتبار صـدق الاستيلاء و الأخـذ الذى لا ينافيه قدره المالك على الدفع إذا لم يدفع، كما إذا لم يكن راكبا لها و كان حاضرا قادرا على الدفع، أقصاه إثبات يده، و لا ينافى ذلك يد الغاصب، بل و لا استقلاله و استيلاؤه و أخذه و احتواؤه، بل هو بقوده لها و عدم ممانعه المالك له استولى عليه و عليها، نحو ما سـمعته فى الساكن المتصـرف بجميع الدار مع عدم إزعاج المالك، و لعل إيكال الأمر فى ذلك إلى العرف المختلف باختلاف الأحوال و الخصوصيات أولى.

و على كـل حـال فلاـ خلاـف و لاـ إشـكال فى ضـمانه لها لو اتفق تلفها بقوده لها و إن كان الراكب قويا على الـدفع، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التى فاتت على المالك بقوده، و كذا لو ساق الدابه و كان لها جماح فشـردت بسوقه فوقعت فى بئر ضـمن، و الله العالم.

و غصب الأمه الحامل مثلا غصب لحملها (لولـدها خ ل) أيضا بلا خلاف و لا إشـكال لثبوت يـده بل اسـتقلاله و استيلائه عليهما فيضمنهما حينئذ معا، و لو بضمان تفاوت قيمتها حاملا و حائلا لو أسقطت.

و إن تلفت و تلف بعـد الوضع ففى المسالك ألزم بالأكثر من قيمه الولد و قيمتها حاملا إن اعتبرنا الأكثر و إلا فقيمته يوم التلف، و لعل المراد قيمه الولـد يوم التلف فيكون المعنى أنه إذا تلف الولـد بعد الوضع غرم الأكثر من قيمه الولد إلى يوم التلف، مضافا إلى الأـكثر من تفاوت قيمتها حاملا و حائلا، و على القول باعتبار وقت التلف كان عليه قيمه الولـد حينه و قيمه التفاوت كـذلك إن كان.

و كأن ما فى المسالک مأخوذ مما فى التحرير، قال فيه: «لو غصب الأمه الحامل كان غاصبا للحمل، فلو تلف الحمل ألزم بقيمته، بأن يقوم الأمه حاملا و غير حامل، و يلزم بالتفاوت، و لو تلف بعد الوضع ألزم بالأكثر من قيمته وقت الولاده إلى يوم التلف، و كذا البحث فى الدابه الحامله.

و على كل حال فلا إشكال فى ضمان الحمل و الحامل فى الفرض.

بل فى التذكره و التحرير و كذا يضمن حمل الأمه المبتاعه بالبيع الفاسد

لعموم «على اليد»(۱)

لكن فى القواعد و الدروس و جامع المقاصد و المسالک و غيرها عدم الضمان، لعدم كونه مبيعا حتى يضمن بقاعده ما يضمن بصحيحه، فهو حينئذ أمانه فى يد المشترى.

و فيه أنه مع فرض عدم إذن من المالک إلا الاذن البيعيه التى فرض عدمها يتبين الفساد، فيتجه الضمان حينئذ لعدم الاذن، و الأصل الضمان، و قاعده ما يضمن بناء الضمان فيها على ذلک، و إلا فهى ليست من أسبابه من حيث نفسها، و حينئذ فلا حاجه إلى ما فى الدروس من حمل القول بالضمان على إراده اشتراط دخول الحمل.

نعم لا وجه للقول بضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل كما صرح به غير واحد، لكونه أمانه صرفه فى يده، و ضمان الحامل على خلاف مقتضى القواعد، فيقتصر عليه.

لكن عن التذكره التصريح بضمانه أيضا. و يمكن حمله على المفروض دخوله فى السوم مع الحامل أو يقال بأنه مقتضى

عموم «على اليد»

الذى

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

لا ينافيه كونه بالاذن بعد انصراف الأمانه المنفى عنها الضمان إلى غير الفرض، فتأمل جيدا.

هذا و قال فى الدروس: «و لو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسه على وجه التغلب و منع المستحق فالظاهر ضمان العين و المنفعه».

و قد يشكل الضمان فى المسجد و نحوه من المشاعر مما لم تكن المنفعه فيه ملكا للناس و إن ملكوا الانتفاع به، إذ هو غير المنفعه، فلا ماليه حينئذ حتى يتجه الضمان و إن تحقق الغصب فى مثله.

و لعله لذا صرح بعض الشافعيه بتحقق الغصب و الإثم بإقامه من قعد فى مسجد أو موات أو استحق سكنى بيت برباط، و يجب الرد فى الأعيان الاختصاصيه، و فى المنافع الاختصاصيه بتعلق الإثم، ثم قال: «و لا ضمان فى شى ء من متعلقات الاختصاص». و هو جيد فيما ليس هو بمال كالمسجد.

أما ما كان ملكا للمسلمين أجمع كالطرق و نحوها فلا بأس بالقول بالضمان عينا و منفعه، بل المسجد الموقوف، لا المخلوق مشعرا كذلك أيضا إن قلنا بكونه ملكا للمسلمين عينا و منفعه، و إن كان هو لا يخلو من نظر، لقوه احتمال كونه كالتحرير فى الخروج عن الماليه.

و قد تقدم ما فى المسالک من انتقاض التقييد فى التعريف بمال الغير بما لو استولى المالك على ماله المرهون عدوانا، فإنه يضمنه مع التلف بالمثل أو القيمه، و يكون رهنا، و حق المرتهن لا يسمى مالا و إن نزل منزلته.

و بما لو استقل باليد على حق الغير فى نحو المدرسه و الرباط و المسجد و التحجير، فإنه فى جميع ذلک غاصب مع أنه لم يستول على ماله.

و بما لو غصب الوقف العام فإنه ليس ملكا للغير، أو الخاص على القول بانتقال ملكه إلى الله إلا أن يراد من الغير ما يشمل الله تعالى،

و هو بعید.

و فی الدروس «و إضافه المال إلی الغیر- أی فی التعریف- لیخرج به مال نفسه، فإنه لو أثبت یده علی مال نفسه عدوانا کالمرهون فی ید المرتهن فلیس بغاصب، إلا أن ینزل استحقاق المرتهن منزله المال، مع أنه لو تلف بعد التعدی ضمن قیمته أو مثله، و یکون رهنا».

قلت: لا إشکال فی تحقق الغصب بمعنی القهر علی غیر الحق الذی هو نوع من الظلم فی مثل ذلک، و أما الضمان فلا یکون إلا للمال، و وجوب دفع المثل أو القیمه لتکون رهنا لو أتلفه لیس ضمانا لحق الارتهان. بل هو حکم شرعی لدلیله، و الله العالم.

و لو تعاقبت الأیدی الغاصبه علی المغصوب تخیر المالک فی إلزام أیهم شاء أو إلزام الجمیع أو البعض بدلا واحدا علی حد سواء أو مختلفا بلا خلاف و لا إشکال، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه، بل فی مجمع البرهان دعواه، لأن کلا منهم غاصب مخاطب برد العین أو القیمه، ل

قوله (علیه السلام)(۱): «کل مغصوب مردود».

و «علی الید ما أخذت»(۲)

و قوله تعالی(۳)«فَمَنِ اعْتَدی عَلَیْکُمْ» و «جَزاءُ سَیِّئَهٍ»(۴)و غیرهما مما دل علی العقاب بمثل ما عوقب(۵)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۴ من کتاب الخمس و فیه « الغصب کله مردود».

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴. و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۹۴.

۴- ۴ سوره یونس: ۱۰- الآیه ۲۷.

۵- ۵ سوره النحل: ۱۶- الآیه ۱۲۶.

و أن الْحُرُماتُ قِصاصٌ(۱)و نحوه.

و لا فرق فی تعاقب أیدیهم بین کونه بصوره الضمان ببیع فاسد و نحوه و عدمه، نعم قرار الضمان علی من تلف المغصوب فی یده منهم، بمعنی أنه لو رجع المالک علی غیره رجع هو علیه مع فرض عدم زیاده فی

العین یختص الأول بضمانها بخلاف ما لو رجع علیه نفسه، فإنه لا رجوع له علی غیره، لأن ذمته المشغوله للمالک بالبدل و إن جاز له إلزام غیره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فیملک حینئذ من أدی بأدائه ما للمالک فی ذمته بالمعاوضه الشرعیه القهریه.

و بذلک اتضح الفرق بین من تلف المال فی یده و بین غیره الذی خطابه بالأداء شرعی لا ذمی، إذ لا دلیل علی شغل ذمم متعدده بمال واحد، فحینئذ یرجع علیه و لا یرجع هو.

کما أنه اتضح لک أیضا جواز مطالبه الکل ببدل واحد علی السواء و مختلفا، لأنه إذا جاز له مطالبه کل منهم بالجمیع فالبعض بطریق أولی، و یرجع حینئذ غیر من تلف المال فی یده علی من تلف المال فی یده بمقدار ما أدی.

بل ظاهر عدم تقیید الأیدی بکونها غاصبه فی النافع و اللمعه یقتضی عدم الفرق فی الضمان بین الجاهل و العالم و إن افترقا فی الإثم و عدمه و الغرور و عدمه. بل هو صریح المحکی عن المبسوط و التذکره و التحریر و جامع المقاصد و المسالک و الروضه و الکفایه، بل لم یرد المصنف من التقیید المزبور إخراج الجاهل، لتصریحه بعد ذلک بالرجوع علی الجاهل.

نعم ما تقدم فی الدروس سابقا- من أن الساکن فی البیت بأمر الغاصب جاهلا یضمن المنفعه- ظاهر فی ضمانها خاصه، و من هنا نشأت

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۹۴.

الشبهه علی المقدس الأردبیلی، فتردد أو مال إلی عدم الرجوع علی الجاهل المغرور الذی لم یعلم اندراجه فی

قوله (صلی الله علیه و آله) فی خبر سمره بن جندب(۱): «علی الید»

الذی لم تثبت صحته و لا تواتره بعد معلومیه عدم کونه غاصبا، و إلا لکان آثما.

و فیه- بعد إمکان تحصیل الإجماع علی خلافه- أن عدم تواتره بل و عدم صحته لا یقدح بعد العمل به الجابر له سندا و دلاله، بل نصوص المغصوب التی منها

قوله (علیه السلام)(۲): «کل مغصوب مردود»

شامله له، ضروره صدق المغصوبیه علی ما فی یده و إن لم یکن هو الغاصب.

و عدم کونه مخاطبا بالخطاب التکلیفی لجهله لا یقتضی عدم کونه مخاطبا بالخطاب الوضعی، و قاعده الغرور ظاهره فی الرجوع علیه و إن رجع هو علی من غره فیما إذا لم تکن یده ید ضمان و لم یکن التلف مباشره منه بغیر غرور، کما لو أعاره الغاصب إیاه عاریه غیر مضمونه أو أدعه إیاه فتلف بآفه سماویه مثلا. أما إذا کانت یده ید ضمان أو باشر هو إتلافه بغیر غرور فلا رجوع له، کما ستسمع تفصیله إنشاء الله تعالی عند تعرض المصنف له.

و المراد من عباره الدروس ما ذکرناه سابقا من أن الضمان للمنفعه مستقر علی الساکن بخلاف العین، فإنه یرجع به علی الغار، کما صرح به فی المقام، قال: «و تعاقب الأیدی العادیه علی العین یوجب تضمین کل واحد منهم، و قرار الضمان علی من تلفت فی یده، فیرجع غیره علیه لو رجع علیه، و لو کان فیهم ید غیر عادیه فقرار الضمان علی الغار».

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۹۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۴ من کتاب الخمس و فیه « الغصب کله مردود».

و إن كـان لاـ يتم إطلاـقه فيمـا لو كـانت اليـد الأـولى عـاديه غـاره و الثانيه مغروره و الثالثه عاديه لعلمها بالغصب مثلا، فلو رجع المالـك على الثـانيه المغروره لم يكن قرار الضـمان على الغـار الـذى هو الأـول، فـالمتجه تقييـد ذلك بما إذا كان التلف فى يد المغرور لا مطلقا. حتى فى مثل الفرض الذى لم يكن التلف فى يده.

أو يقال باختصاص قاعـده الغرور بما إذا كان التلف فى يده، و حينئذ يتجه فى المثال الرجوع على من تلف المال فى يده خاصـه دون الأـول، بخلاـفه على السـابق، فـان المتجه فيه التخيير بين الرجوع على الغار و إن رجع هو على من تلف المال فى يـده و بين الرجوع على من تلف المال فى يده ابتداء جمعا بين القاعدتين، لعدم تنافيهما، هذا.

و مرادنـا بمـا ذكرنـا من رجوع الجاهـل على غيره لو رجع عليه إذا كـان مغرورا، أمـا مع عـدم الغرور فلاـ رجوع له، بل هو حينئذ كالعالم فى ذلك، بل مرادنا أيضا بالجاهل غير العالم بالغصب، من غير فرق بين الغافل و الناسى و غيرهما، و الله العالم.

و الحر لا يضمن بالغصب و لو كان صغيرا لا عينا و لا منفعه بلا خلاف محقق أجده فيه، على معنى كونه كغصب المال الموجب للضـمان و إن مات حتف أنفه، بل و لا إشـكال، ضـروره عدم كونه مالا حتى يتحقق فيه الضمان، و ما فى النافع- من أنه لو كان أى التلف لا بسـببه كالموت و لـدغ الحيه فقولان- لم نتحققه، و نحوه ما عن المفاتيـح من نسـبه ما فى المتن إلى القيل و الكفايه إلى المشهور. و لذا قال فى محكى المهذب و المقتصر: «إن الأصحاب على خلافه» أى القول المحكى فى النافع كما عن التنقيح الاعتـذار عنه بالمسامحه، بل فيه و فى الروضه الإجماع على عدم ضـمان الصـغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعى، و من هنا طفحت عباراتهم

بعدم ضمان الحر بالغصب، و أنه إنما يضمن عينا بالجنايه عليه مباشره أو تسبيبا و منفعه بالاستيفاء أو تسبيبا على الوجه الذى سيأتى إنشاء الله.

بل لو أصابه غرق أو حرق أو غيرهما فضلا من أن يصيبه موت فى يد الغاصب من غير تسبيبه لم يضمنه للأصل، كما عن مبسوط الشيخ و إيضاح الفخر و غيرهما، بل فى المسالك نسبته إلى الأشهر بل عن الكفايه إلى المشهور و ان كنا لم نتحققه.

بل قال الشيخ فى كتاب الجراح من المبسوط:

يضمنه الغاصب إذا كان صغيرا أو مجنونا و تلف بسبب، كلدغ الحيه و العقرب و وقوع الحائط.

بل فى الدروس و محكى الخلاف و المختلف هو قوى، و عن المقتصر هو حسن، بل عن التبصره و تعليق الإرشاد و غيرهما اختياره، و هو المحكى عن أبى حنيفه أيضا، و لا ترجيح فى النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و التذكره فى موضع منها. و غايه المراد و التنقيح و المهذب البارع و الروضه على ما حكى عن بعضها.

نعم لا وجه ظاهر يقتضى الضمان، إذ دعوى كونه بغصبه صار سببا شرعا لتلفه كحفر البئر واضحه المنع. و

الخبر(۱)«من استعار حرا صغيرا فعيب ضمن»

لا جابر له و لا عامل به، و مناسبه الضمان للعدوان- بل عدمه يفضى إلى الاحتيال فى قتل الأطفال- مجرد اعتبار، و الضمان فى نقل المملوك الصغير و المجنون إلى المسبعه أو المضيعه كما عن التذكره لا يقتضى الضمان فى الفرض، لظهور التسبيب فيه بخلافه.

و من الغريب ما عن الفاضل من الجزم فى موضع من محكى التذكره

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب موجبات الضمان- الحديث ۲ من كتاب الديات.

بعـدم الضـمان فی مثله و تردده فی المقام، فالمتجه عـدم الضـمان مع فرض عـدم تقصـير منه فی حفظه بالإهمال و نحوه، و ربما يحمـل القول بالضـمان على مـا لو أهمل، بحيث يكون سـببا فی تلفه، لكونه غير قابل لحفظ نفسه، بخلاف ما إذا لم يهمل فاتفق تلفه بأمر لا مدخل لإهماله فيه، و حينئذ يكون النزاع لفظيا.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فی الحكم المزبور بين الصغير و المجنون، كما صرح به جماعه.

بل فی مجمع البرهان أن الظاهر عـدم الفرق بينهما و بين الكبير إذا حبس بحيث لا يقـدر على الخلاص منه ثم حصل فی الحبس شی ء أهلكه، لظلمته و عـدم قـدرته على الفرار من أذيته، إذ هو حينئذ كالطفل، بل كالحيوانات التی لا شـعور لها، فعله الضـمان فيهما سواء.

و ربمـا كـان فی ذلک نوع إيماء إلی ما ذكرنا إذا كان المراد منه أن لحبسه على الوجه المزبور مـدخلا فی تلفه على وجه يكون سببا و إن كان كبيرا قابلا للدفع عن نفسه إلا أنه منعه عن ذلک على وجه صار كالصغير الغير القابل للدفع عن نفسه.

و كذا ما فی جامع المقاصد و الروضه من أنه لو كان بالكبير خبل أو بلغ رتبه الصـغير لمرض أو كبر ففی إلحاقه وجهان، ضروره كون الوجه فی الضمان ما عرفت، إذ لا خصوصيه للصغير من حيث كونه كذلک، بل ليس إلا لعدم قابليته للدفع عن نفسه، فغيره مما كان كذلک فی القصور مثله فی الضمان مع الإهمال على الوجه المزبور، و الله العالم.

و لو استخدم الحر فعليه (لزمه خ ل) الأجره بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال، لأن منفعته متقومه حينئذ، فهو كمن أخذ مال

غیره و لو لأن منفعته المزبوره تقابل بمال.

أما لو حبس صانعا لم یضمن أجرته ما لم ینتفع به فضلا عن غیر الصانع بلا خلاف أجده فیه، بل فی الکفایه هو مقطوع به فی کلام الأصحاب، و إن عبر فی التذکره بلفظ الأقوی مشعرا باحتمال الضمان فیه، بل فی مجمع البرهان قوه ذلک، لقاعده نفی الضرر مع کونه ظالما و عادیا، فیندرج فی قوله تعالی «فَمَنِ اعْتَدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ»(۱)و «جَزاءُ سَیِّئَهٍ سَیِّئَهٌ»(۲)و غیرهما مما دل علی المقاصه و العقاب بمثل ما عوقب(۳)فالضمان حینئذ لذلک لا للغصب الذی لا یقتضیه، باعتبار عدم کون المغصوب مالا تتبعه منافعه و لو شرعا فی الدخول تحت الید و اسم الغصب و غیرهما.

و حکاه فی الریاض عن خاله العلامه فی حواشیه علیه، حیث قال:

«إن ثبت إجماع علی ما ذکره الأصحاب و إلا فالأمر کما ذکره الشارح».

و مال إلیه فی الریاض حیث یکون الحابس سببا مفوتا لمنافع المحبوس.

ثم قال: «یحتمل قویا اختصاص ما ذکره الأصحاب بصوره عدم استلزام الحبس التفویت کما فرضناه بل الفوات، و ربما یستفاد ذلک من التذکره حیث إنه مع تصریحه بما ذکره الأصحاب قال فی عنوان البحث: منفعه بدن الحر تضمن بالتفویت لا بالفوات، انتهی. و یظهر الفرق بین المقامین فیما لو حبسه مده لها اجره فی العاده، فإن کان لو لم یحبس لحصلها کان حبسه سببا لتفویتها. فیضمن هنا کما ذکراه، و إن کان لو لم یحبس لم یحصلها أیضا لم یکن حبسه سببا لتفویتها، و هذا هو مراد

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۹۴.

۲- ۲ سوره الشوری: ۴۲- الآیه ۴۰.

۳- ۳ سوره النحل: ۱۶- الآیه ۱۲۶.

الأصحاب فی حکمهم بنفی الضمان فیه کما احتملناه من کلامهم، و لا شبهه فیه».

قلت: لا یخفی فساد الاحتمال المزبور علی من لاحظ کلمات الأصحاب، بل فرضهم المسأله فی حبس الصانع کالصریح فی عدم الضمان و إن کان سببا.

و المراد بـالتفویت فی عبـاره التـذکره الاستیفـاء، کما یشـعر به تفریع ذلک علیها فیها، قال: «منفعه بـدن الحر تضـمن بالتفویت لا بالفوات فلو قهر حرا و استعمله فی شـغل ضـمن أجرته، لأنه اسـتوفی منافعه، و هی متقومه، فلزمه ضـمانها، کما لو اسـتوفی منافع العبد، و لو حبسه مده لمثلها اجره و عطل منافعه فالأقوی أنه لا یضـمن الأجره، لأن منافعه تابعه لما لا یصح غصـبه، فأشبهت ثیابه و أطرافه، و لأن منافعه فی یده، لأن الحر لا یدخل تحت الید، فمنافعه تفوت تحت یده فلم یجب ضـمانها، بخلاف الأموال، و هو أصـح وجهی الشافعیه، و الثانی أنه یضـمنها، لأن منافعه تتقوم بالعقـد الفاسـد. فأشـبهت منافع الأموال، فقد فوتها بحسـبه فضـمنها کمنافع العبـد، أما لو منعه من العمل من غیر حبس فإنه لا یضـمن منافعه وجها واحدا، لأنه لو فعل ذلک بالعبد لم یضـمن منافعه، فالحر أولی».

و هو کالصـریح فیما ذکرناه، علی أن التسبیب الذی ذکره إنما یقتضی الضمان إذا تعلق بتلف الأموال، و منفعه الحر معدومه، فلا یتصور التسبیب لتلفهـا، کمـا أن قاعـده نفی الضـرر و الضـرار و غیرها مما ذکره من الآیات لو اقتضت الضـمان علی وجه تشـمل الفرض لا تثبت فقها جدیدا، ضروره اقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله و غیر ذلک مما عرفت عدم القول به من العامه الذین مبنی فقههم علی القیاس

و الاستحسان فضلا عن الإماميه الذين مبنى فقههم على القواعد المقرره الثابته عن أهل بيت العصمه، فلا- وجه للضمان فى الفرض كما قطع به الأصحاب لأن الحر لا يدخل تحت اليد على وجه تدخل منافعه معه كالمال و لو شرعا. بل منافعه فى قبضته كثيابه باقيه على أصاله عدم الضمان و إن ظلم و أثم بحبسه أو منعه عن العمل.

نعم لو استأجره لعمل فى زمان معين فاعتقله و لم يستعمله فيه استقرت الأجره عليه قولا واحدا كما عن المهذب البارع، و لا نزاع فيه كما فى جامع المقاصد، و لعله- بعد إراده الإجماع منه- الحجه بعد اقتضاء عقد الإجاره ملك الثمن، و عدم الاستيفاء إنما كان لتقصير من المستأجر، و قد فات الزمان، و الأصل عدم بطلانها، كما أن الأصل عدم قيام غير الزمان الذى هو متعلق العقد مقامه.

و لعل مثله ما قيل من أنهم ذكروا قرارها أيضا فيما لو استأجره لقلع ضرسه فبرأ بعد أن مضت مده يمكنه القلع فيها باذلا الأجير نفسه فيها، و إنما كان التأخير من جانب المستأجر، و ذلك لما عرفت من اقتضاء العقد ملك الأجره على الوجه الذى سمعته، و الفرض لم يبق محل للعمل.

و الأصل عدم الانفساخ و عدم قيام غير متعلق العقد مقامه، فهو حينئذ كالأجير الخاص، و كذا ما كان مثله، إذ ليس لقلع الضرس خصوصيه.

أما لو استأجره على عمل فاعتقله مده يمكن فيها استيفاء العمل و لم يستوفه و بدل الأجير نفسه للعمل كذلك و لم يستوفه منه ففى استقرار الأجره تردد كما فى التذكره و القواعد و الإرشاد و غايه المراد و لكن الأقرب أن الأجره لا تستقر كما فى التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و المسالك و الروضه و الرياض و غيرها على ما حكى عن بعضها لمثل ما قلناه من أن منافع الحر تضمن

بالاستيفاء لا بالفوات، فمنفعته فى المده المزبوره غير مضمونه على الحابس و إن بذلت له، فالعمل باق على استحقاقه عليه بالعقد الـذى يقتضـى ملك الأجره بملك العمل عليه و تسـليمها بتسـليمه الذى لم يحصل، و لا دليل على الاكتفاء عن تسـليمه بالحبس المده المزبوره و لا بالبذل فيها.

و لا كـذلك لو اسـتأجر دابه مثلا لنقل متاع مثلا فحبسـها بقـدر الانتفاع أو بذلك له كذلك فتسـلمها و لم يسـتوف، لأن منفعتها حينئذ مضمونه عليه، فتقوم مقام المنفعه المستحقه له بعقد الإجاره و لو بالتهاتر القهرى باعتبار كونه مستحقا عليه من منفعه الدابه المزبوره، لأنها مضمونه عليه فى يده مقدار ما هو مستحق له، و هو أقرب من أجره المثل التى هى بدل ما يفوت من المنفعه لو لم يكن له مقدار ما فات فى يده مما هو مضمون عليه، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا.

و ربمـا كان فى عباره الأصـحاب شـهاده على ذلك، حتى عباره المصـنف و مع قطع النظر عن ذلك فالإجماع بقسـميه على قيام تسليم العين المملوكه مقام تسلم المنفعه المستحقه بعقد الإجاره، بخلاف الحر.

فما عن إجاره التـذكره و المسالك من الاسـتقرار فى الحر بـذلك أيضا واضح الضـعف و إن قواه الأردبيلى هنا، لما سـمعته مما ذكروه فى الاستئجار على القلع للضرس الذى قد عرفت الفرق بينه و بين المقام بعد تسليم الحكم فيه.

و لأـن العقـد موجب للعوضـين، و قـد بـدل هـذا عوضه، فيلزمه العوض الآـخر. كما فى نفقه الزوجه و المهر، فإنها لها إذا مكنت نفسها و إن لم يستمتع بها، و يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلمت المهر الذى هو قياس لا يأتى فى نحو المقام الذى هو من عقود المعاوضه المقتضيه ملكا بملك و تسليما بتسليم. بخلاف التمكين الموجب للنفقه الذى هو من الأحكام،

و كذا تسليم نفسها بالمهر.

على أنه يكفى فى الفرق ثبوت الدليل على وجوب التمكين بالنفقه و تسلم المهر، و لا دليل فى المقام على الاكتفاء عن حصول العمل الذى هو مقتضى عقد الإجاره بالمده المزبوره، خصوصا إذا لم ينو المحبوس و لا الحابس الوفاء و الاستيفاء عما عليه من العمل.

و فى الإيضاح «و التحقيق إن هذا هل هو تمليك للمنافع، فإذا أهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن، أو هو كالدين فى ذمه الحر، فلا يسقط إلا بالاستيفاء أو الإبراء؟ و الأشبه الثانى، لأن الحر يستحق عليه فى ذمته و لا يملك عينه و لا منافعه، و لأنها معدومه، فيتبع الأصل فى الملك أو اليد، و هما منفيان فى الحر، و يرد استحقاق المستأجر الأول أجره المثل على من استعمل الأجير الخاص».

و هما كما ترى ليس من التحقيق فى شى ء، خصوصا بعد أن أشكله بما ذكره أخيرا.

و من هنا قال فى جامع المقاصد: «فى هذا البناء نظر، إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار الأجره بالحبس فى المده المذكوره، لأن العقد المملك إذا لم يوجب الاستقرار فلا دليل على ثبوته بمضى المده المذكوره».

و مرجعه إلى ما ذكرناه من عدم الدليل على قيام الحبس أو البذل المده المزبوره مقام تسلم العمل، بخلافه فى المال و فى الأجير الخاص.

لكن قال متصلا بما سمعت: «و وجه شيخنا الشهيد الاستقرار فى بعض حواشيه بأن المنافع ملكها المستأجر و تلفها مستند الى فعله، و يؤيده الحكم باستقرار الأجره على قلع الضرس مع البرء و سبق التمكين من قلعه».

قلت: هو كما ترى راجع إلى ما سمعته من الفخر، و يرد عليه

ما عرفت، و الله العالم.

و لا يضمن الخمر مع تلفها إذا غصبت من مسلم و كان الغاصب مسلما على الأشهر فی محكی المختلف، بل المشهور فی المسالك، بل بلا خلاف- أی بین المسلمین- فی محكی الخلاف، بل إجماعا فی التذكره، فما عن أبی علی- من إطلاق ضمان الخمر المغصوبه بقیمتها خلا- واضح الضعف، و إن نزل علی الخمر المتخذه للتخليل إلا أنه مناف لإطلاق معقد الإجماع و نفی الخلاف المزبورین، بل صریح الشهیدین و الكركی عدم ضمان المتخذه للتخليل و إن أثم، بل قیل یغرر، بل فی المسالك أنه المشهور، لأنها علی كل حال غیر مملوكه للمسلم و إن سبق ملكه قبل الخمریه، فلا وجه لضمانها.

و ما عن المقدس الأردبیلی- من التأمل فی أصل الخروج عن الملكیه بذلك و فی عدم ضمانها بالمثل أو بالخل- من الوسوسه، و كذا ما عن ظاهر المفاتیح أو صریحها من ضمان المتلف لها، ضروره ظهور النصوص و الفتاوی فی عدم ملكیه المسلم للخمر مطلقا و إن كان المتخذ للتخليل منها محترما، بمعنی الإثم فی غصبه و وجوب رد عینها و إن انقلبت خلا عند الغاصب.

و كذا لو غصبها الكافر من المسلم، كما صرح به غیر واحد، بل عن الخلاف نفی الخلاف أیضا، لما عرفت مما هو مشترك بین الكافر و المسلم.

نعم تضمن إذا غصبت من الذمی متسترا و لو كان الذی غصبها منه المسلم بإجماع الفرقه و أخبارها فی محكی الخلاف بل قیل: إن الإجماع أیضا ظاهر المبسوط و السرائر و التذكره. أما المتظاهر فلا ضمان و إن كان الغاصب كافرا قولا واحدا.

و كذا الكلام فى الخنزير بالنسبه إلى ضمانه و عدمه فى المسلم و المتستر و المتظاهر و غير ذلك مما عرفت.

و ضمانه بالقيمه عند مستحيله بلا خلاف و لا إشكال، و كذا الخمر يضمنها المسلم للذمى المتستر بها بالقيمه عند مستحليها بإجماع الفرقه و أخبارها فى محكى الخلاف و التذكره، و لا بحث فيه كما فى جامع المقاصد، لاستحاله ثبوت الخمر فى ذمه المسلم و إن كانت مثليه.

بل عن المبسوط و السرائر و التحرير و المختلف و غيرها ذلك أيضا إذا كان الغاصب كافرا، بل ظاهر التذكره الإجماع عليه، بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرقه و أخبارها عليه أيضا.

خلافا للمحكى عن القاضى فى أحد قوليه من القول بضمان مثلها، و فى جامع المقاصد و المسالك تقييد ضمان القيمه مما إذا ترافعوا إلينا، و فى القواعد الإشكال فى ذلك، كقول المصنف و يضمن الخمر بالقيمه عند المستحل لا بالمثل و لو كان المتلف ذميا على ذمى، و فى هذا تردد.

و لعل منشأه أنها مال مملوك و هو مثلى، فيضمن بمثله، و قد أمرنا بإقرارهم على ما عندهم(۱)و من أنه يمتنع فى شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر و إن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل للعارض، فيجب الانتقال إلى القيمه، كما إذا تعذر المثل فى المثلى. و لعل هذا أقوى، خصوصا مع ملاحظه اشتراط التستر فى احترامها، فمتى حكم لهم بها ظاهرا زال احترامها.

و ما عساه يقال- من أنه لا يلزم من الحكم باستحقاقها إظهارها- يدفعه أن الحكم باستحقاقها ظاهر فى ذلك، خصوصا إذا الجر إلى الإظهار عند الامتناع من الأداء فحبس حتى يؤدى، و خصوصا مع ملاحظه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۸- من أبواب الجهاد- من كتاب الجهاد.

ما سمعت من الإجماع المحکی المعتضد بالشهره بقسمیها، و الله العالم.

[هنا أسباب أخر یجب معها الضمان]

اشاره

و هنا أسباب أخر یجب معها الضمان غیر الغصب جرت؟ ادتهم فی البحث عنها فی کتابه.

[السبب الأول مباشره الإتلاف]

الأول: مباشره الإتلاف بلا خلاف فیه بین المسلمین فضلا عن المؤمنین، بل الإجماع بقسمیه علیه إن لم یکن ضروریا سواء کان المتلف عینا، کقتل الحیوان المملوک و تخریق الثوب، أو منفعه کسکنی الدار و رکوب الدابه و إن لم یکن هناک غصب أی استقلال ید علی أنه عدوان.

[السبب الثانی التسبیب]

اشاره

الثانی: التسبیب، و هو کل فعل یحصل التلف بسببه کحفر البئر فی غیر الملک، و کطرح المعاثر فی المسالک بلا خلاف أجده فی أصل الضمان به، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه.

مضافا إلی

خبر السکونی(۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): من أخرج میزابا أو کنیفا أو أوتد

وتدا أو أوثق دابه أو حفر شیئا فی طریق المسلمین فأصاب فعطب فهو له ضامن».

و صحیح الحلبی(۲)عنه (علیه السلام) أیضا «سألته عن الشی ء یوضع علی الطریق فتمر به الدابه فتنفر بصاحبها فتعقره، فقال: کل شی ء یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه».

و خبر أبی الصباح الکنانی(۳)عنه (علیه السلام) أیضا «من أضر بشی ء من طریق المسلمین فهو له ضامن».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب موجبات الضمان- الحدیث ۱ من کتاب الدیات.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب موجبات الضمان- الحديث ١ من كتاب الديات.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب موجبات الضمان- الحديث ٢ من كتاب الديات.

و صحیح زراره(۱)عنه (علیه السلام) أیضا «قلت له: رجل حفر بئرا فی غیر ملکه فمر علیها رجل فوقع فیها، فقال: علیه الضمان، لأن کل من حفر بئرا فی غیر ملکه کان علیه الضمان».

و موثق سماعه(۲)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یحفر البئر فی داره أو فی ملکه، فقال: ما کان حفر فی داره أو ملکه فلیس علیه ضمان. و ما حفر فی

الطریق أو غیر ملکه فهو ضامن لما یسقط فیها».

إلی غیر ذلک من النصوص التی منها المعتبره المستفیضه الداله علی غرامه الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد ما قضی بها للأول قدر ما أتلفه من مال الرجل(۳)و علی أنه یقتل إذا قتل بشهادته، و قال الشاهد:

تعمدت الشهاده علیه زورا(۴)و علی غرامه دیه الید مثلا لو شهد علیه بالسرقه و رجع و قال: إنی اشتبهت(۵)و علی غرامه المهر لو شهد بطلاق زوجه ثم تزوجت، أو بموت زوجها ثم جاء زوجها، أو رجع الشاهد عن شهادته بالطلاق(۶)و منها دل علی رجوع المغرور(۷)و منها ما دل علی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب موجبات الضمان- الحدیث ۱ من کتاب الدیات.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب موجبات الضمان- الحدیث ۳ من کتاب الدیات.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب الشهادات.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب الشهادات.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۴- من کتاب الشهادات.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱۳- من کتاب الشهادات.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء- الحدیث ۵ و الباب- ۲- من أبواب العیوب و التدلیس. و الباب- ۷- منها- من کتاب النکاح.

تسبیب الإکراه و غیر ذلک المعلوم عدم خصوصیه الطریق فیها، کمعلومیه عدم خصوصیه لما ذکر فیها من الأفراد، خصوصا بعد ملاحظه العموم فی صحیح الحلبی منها و غیره.

نعم عبر الأصحاب عما فیها بالسبب و اختلفوا فی تعریفه، فعرفه المصنف هنا بما سمعت، و فی الدیات بما لولاه لما حصل التلف عنده لکن عله التلف غیره، کحفر البئر و نصب السکین و إلقاء الحجر، فان التلف عنده بسبب العثار.

و فی القواعد هنا «السبب إیجاد ما یحصل التلف عنده إذا کان السبب مما یقصد لتوقع تلک العله، کالحافر و فاتح رأس الظرف. و المکره علی الإتلاف، و المباشره هی إیجاد عله التلف، کالقتل و الإحراق».

و قال فی قصاصها: «أقسام المزهق ثلاثه: شرط و عله و سبب، فالشرط ما یقف علیه تأثیر المؤثر و لا مدخل له فی العلیه، کحفر البئر بالنسبه إلی الوقوع، إذ الوقوع مستند إلی علته، و هی التخطی، و لا یجب به قصاص، و أما السبب فهو ما له أثر ما فی التولید، کما للعله، لکنه یشبه الشرط من وجه، و مراتبه ثلاثه: الأول: الإکراه- و ذکر تفصیل الحال فیه- الثانی: شهاده الزور- ثم ذکر تفصیل الحال فیها- الثالث:

نحو تقدیم الطعام المسموم إلی الضیف- و ذکر تفصیل الحال فیه-».

و قال فی دیاتها: «السبب هو کل ما یحصل التلف عنده بعله غیره، إلا أنه لولاه لما حصل من العله تأثیر کالحفر مع التردی».

و قال فی الإیضاح فی وجه التردد فی ضمان الولد بموته جوعا «لو حبس الشاه أو حبس المالک عن حراسه ماشیته فاتفق تلفها أو غصب دابه فتبعها ولدها: «ینشأ فی الأول من أنه مات بسببه، لصحه إسناده

إليه عرفا، و لأن للسبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعله سواه، و هذا تفسير بعض الفقهاء، و زاد آخرون: و لولاه لما أثرت العله، و هذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، و لأنه يمكن اعتياضه بغيره فهو أعم، فليس بسبب و لا يد له عليه، و لا مباشره و لا ضمان، و هذا منشأ النظر فى الباقيين، و أيضا ينشأ فى الثانى من أنه تصرف فى المالك لا فى المال، و من حيث إنه سبب عرفا، و أما فى الثالث فمن حيث إنه سبب لحدوث ميل يشبه القسرى لوجود ميل الولد إلى امه طبعا فهو سبب، و من الشك فى كونه سببا شرعيا فى الضمان، و الأصل البراءه».

و قال فى غايه المراد فى بيان الوجه فى سببيه دلاله السارق: «إن السبب على ما فسره الفقهاء هو إيجاد ملزوم العله قاصدا لتوقع تلك العله، و منهم من يفسره بأنه فعل ما يحصل عنده التلف لكن لعله غيره، فهو أعم من الأول، لا مكان سبب آخر بدل منه».

و قال فى جامع المقاصد: «عرف فى الدروس السبب بأنه فعل ملزوم العله، و قريب منه ما ذكره الشارح الفاضل، و المعنى قريب، و قول المصنف: إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العله غير محتاج إليه، بل هو مضر، إذ حفر البئر قد لا يقصد الحافر به توقع العله الموجبه للتلف و لا قصدها أكثرى، مع الضمان قطعا للسببيه، و كأنه أراد الاحتراز عما إذا كان حدوث المقتضى للتلف على تقدير ذلك الفعل نادرا، فإنه لا يعد سببا، و لعله أراد بقصده كون شأنه ذلك، و كان الأولى أن يقول: هو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعله أخرى إذا كان السبب مما يتوقع معه عله التلف، بأن يكون وجودها معه أكثريا. و اعلم أن شيخنا الشهيد فى شرح الإرشاد فسر السبب بتفسيرين- ثم حكى عبارته السابقه و قال-: فى الأول نظر، لأنه إنما يصدق فى الغاصب إذا قدم

طعام الغير لآكل مبيحا له، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل، و لا ريب أن حفر البئر سبب و طرح ما يتعثر به سبب بغير خلاف، و الظاهر أن مراد الجماعه كونه يقصد توقع العله باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا:

السبب إيجاد ملزوم العله الذى شأنه أن يقصد معه توقع تلك العله».

و قال فى مجمع البرهان بعد أن حكى عن بعض زياده قصد توقع تلك العله على تعريفه بأنه إيجاد ملزوم العله المتلفه: «نحن ما نقدر على فهم المذكور من دون زياده فكيف مع الزياده» و ذلك لأنه ذكر سابقا أن الملزوميه غير ظاهره، و إنما الظاهر كونه موقوفا عليه عليه العله، و أنها لم تتحقق إلا بعد تحققه، لا أنه لازمه لوجوده، فإنه معلوم عدم استلزام الحفر للتردى و الإلقاء. و لعل المراد بالملزوميه ذلك المقدار فقط، إذ لا يحتاج إلى شى ء بعد وجوده إلا المباشره».

و قال فى المسالك: «إن ما له مدخل فى هلاك الشى ء إما أن يكون بحيث يضاف إليه الهلاك فى العاده إضافه حقيقيه له أو لا يكون كذلك، و ما لا يكون كذلك إما أن يكون من شأنه القصد به ما يضاف إليه الهلاك أو لا يكون كذلك، و ما يضاف إليه الهلاك يسمى عله، و الإتيان به مباشره. و ما لا يضاف إليه الهلاك و لكن يكون من شأنه أن يقصد بتحصيله ما يضاف إليه سمى سببا، و الإتيان به تسبيبا».

إلى غير ذلك من كلماتهم التى لم نعرف الداعى لهم إلى صدورها بعد خلو نصوصهم عن اللفظ المزبور عنوانا للحكم، و إنما الموجود فى النصوص ما عرفت، و منه يتعدى إلى أمثاله بعد العلم بعدم الخصوصيه للمذكور فيها، أو يستند إلى ما سمعته من العموم فى بعضها، و الأصل البراءه فيما لا يضاف إليه الإتلاف حقيقه، و لا يندرج فى الأمثال المزبوره بل مع الشك فيه كذلك أيضا.

و لعل المحصل منها الضمان على وجه يجعل ضابطا هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به فى بعض الأحيان و لو بواسطه غيره معه، سواء كان له مدخليه فى عليه العله كالحفر أو فى وجودها كالغرور و الإكراه، و مع فرض قصور العباره عن تأديته لا يلتفت إليها.

و دعوى أن المحصل منها الضمان بمفهوم السبب الذى قد عرفت الخلاف فى تعريفه على وجه بنوا الضمان و عدمه فى بعض الفروع عليه واضحه الفساد، ضروره كون الثابت خصوص بعض المصاديق التى لا ـ ينتقل منها إلى جعل عنوان الحكم مفهوم السبب الذى ذكروه، خصوصا بعد العلم بأن ما سمعته من التعريف له من الأمور الاصطلاحيه، لا أنه مفهوم عرفى.

بل لا يبعد كون المراد لهم ضبط ما استفادوا الضمان به من النصوص المزبوره، لا أن المراد كون المدار على صدق اسم السبب، خصوصا بعد أن لم يكن له معنى منقح عرفا.

بل ربما أطلق اسمه على المعلوم عدم الضمان به، و ليس فى شى ء من النصوص ما يقتضى جعل مفهومه عنوانا، بل السبب المذكور هنا غير موافق لمعنى السبب بمعنى العله التامه و لا السبب الاصطلاحى الذى هو ما يلزم من وجوده الوجود و من عدمه العدم لذاته، بل ليس هو إلا من الشرائط كما سمعت الاعتراف به من الفاضل.

فالتحقيق حينئذ كون المدار على المستفاد من النصوص المزبوره و غيرها مما صرح فيها بالضمان به، و التعديه منه إلى مشابهه فى ذلك بالإجماع أو بفهم عرفى ينتقل منه إلى كون المذكور مثالا لما كان من سنخه، و لعل ذلك وجه التردد فيما سمعته من الأمثله، و إلا فتعريف السبب المزبور صادق عليه، كصدق التسبيب بالمعنى العرفى.

و الظاهر عدم كون التعدى و التفريط الموجبين للضـمان فى الأمين من ذلك حتى يصح التعدى منها إلى ما ماثله فى غير الأمين، فيكون دلاله السارق و فتح الباب و منع المالك حراسه ماشـيته موجبا للضـمان، باعتبار إيجاب مثله فى الأمين الذى مدار ضـمانه على التعـدى و التفريـط الصـادق ثانيهمـا فى المفروض إذا كان من الأمين دون غيره، فتأمل جيـدا فى جميع ما ذكرناه، فإنه دقيق نافع لم أجده محررا فى كلامهم.

و منه يعلم عـدم اعتبـار قصـد توقع العله فيه و لا- أكثريه ترتب التلف به و لا منشأيته، ضـروره إطلاق النصوص المزبوره الضـمان بالأمور المذكوره من غير تقييد لشـى ء منها بشـى ء من ذلك، كضـروره كون مراد الأصـحاب بما ذكروه من موجبات التضمين بالتسبيب هنا أن الضـمان يكون به، لا أن المراد متى صدق السـبب حصل الضـمان، ضـروره وقوع حفر البئر الذى لا إشـكال فى كونه سببا نصا(۱)و فتوى على وجوه عديده لا ضمان فيها.

و لعله لذا و غيره قيد ما حكاه بعضهم من الإجماع على التضمين بالسبب بقوله: «فى الجمله».

و قال فى المسالك: «و اعلم أيضا أن تمثيل المصـنف السـبب بحفر البئر فى غير الملك تخصـيص للسبب الموجب للضمان، فإن حفره- و إن كـان فى ملـك الحـافر- يكون سـببا فى الهلاك لكنه غير مضـمون، فالسـبب المعرف سـبب خاص، و هو الموجب للضمان و إن كان التعريف صادقا على ما هو أعم» و إن كان آخر كلامه لا يخلو من نظر فى الجمله.

و على كل حال فقد أطلق المصـنف و غيره كون حفر البئر فى غير الملك سـببا للضمان، و هو أعم من الحفر فى طريق مسلوك أو فى ملك الغير

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب موجبات الضمان- من كتاب الديات.

أو فی ملک مشترک، بل عن ظاهر الغنیه الإجماع علی ذلک.

و مقتضی إطلاقهم عدم الفرق فی المتردی بین أن یکون المالک أو غیره، و بین الداخل بإذنه أو غیره، و بین کون البئر مکشوفه أو مغطاه، بل مقتضی إطلاق غیر واحد عدم الفرق بین کون ذلک لمصلحه المسلمین و غیره، بل عن الفخر التصریح بالأخیر.

لکن عن الشیخ و الفاضل و ثانی الشهیدین و الأردبیلی عدم الضمان إذا کان الحفر فی الطریق لمصلحه المسلمین، کالحفر للبالوعه و الاستقاء و نحو ذلک، و استحسنه المصنف.

إلا أن ما سمعته من النصوص المشتمل علی العموم اللغوی. و ترک الاستفصال یقتضی الضمان مطلقا، بل قیل: إن المستفاد منها کون التعدی موجبا للضمان، فیشمل الحفر فی الملک المشترک، مؤیدا بما حکی من إطلاق الفتاوی ضمان المتعدی بالحفر.

اللهم إلا أن یقال: إن المنساق من ذلک التعدی فی جمیع الحفر لا فی مثل الفرض و إن وجب علیه الاجتناب فیه من باب المقدمه، فیبقی علی أصاله البراءه، و ربما احتمل ضمان النصف مطلقا أو إن کان الشریک واحدا، و إلا فثلثان إن کانوا ثلاثه و هکذا.

و یأتی تمام الکلام فی المسأله إنشاء الله تعالی فی الدیات. کما أنه یأتی إنشاء الله تعالی تمامه فی الضمان بالمعاثر المصرح به فی جمله من الکتب، و هی شامله للدکه و القمامات کقشور البطیخ و نحوها.

بل عن المبسوط التصریح بالضمان فی الأخیر، نعم قیده المصنف و الفاضل فی المحکی من تحریره و إرشاده بمن لم یر القمامه، و الأصل فیه ما سمعته من الصحیح[1] بل لا یبعد القول بالضمان فیما فعله لضرورته،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات.

إذ لا تنافی بین الجواز و الضمان. و علی کل حال فلا خلاف و لا إشکال فی التضمین بالتسبیب فی الجمله.

لکن إذا اجتمع السبب و المباشر قدم المباشر فی الضمان علی ذی السبب، کمن حفر بئرا فی ملک غیره عدوانا فدفع غیره فیها إنسانا فضمان ما یجنیه الدفع علی الدافع لما عرفته من تقدیم المباشره علی التسبیب الذی لم أجد فیه خلافا بینهم، بل أرسلوه إرسال المسلمات فی المقام و فی القصاص و الدیات، بل عن کشف اللثام الإجماع علیه، بل فی مجمع البرهان «إن من المعلوم عقلا و نقلا إسناد الفعل إلی القریب دون البعید الذی هو سبب السبب و له مدخلیه ما فی ذلک الشی ء، و هو ظاهر، و کأنه مجمع علیه».

قلت: و هو کذلک، بل لعل التضمین بما ذکروه من السبب الذی قد عرفت کونه من الشروط باعتبار قربه إلی عله التلف، فهو أقوی من غیره من الشرائط التی لها مدخلیه فی التلف أیضا، إلا أن القریب منها سموه بالسبب و جعلوا التضمین به، و لا ریب فی أن المباشره أقرب منه، بل السبب فی الحقیقه قد صار من آلات المباشر فی مباشرته، کقتله بالسیف و الدفع فی البئر و إلقائه علی السکین المغصوب مثلا، و اغراقه فی الماء الذی وضعه الغیر و هکذا.

إلا أنه مع ذلک کله قد ناقش فیه فی الریاض بأن القوه لا تدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما یقتضی ضمانه أیضا، و هو ما مر من حدیث نفی الضرر(۱)و لا امتناع فی الحکم بضمانهما معا و تخیر المالک فی الرجوع إلی أیهما شاء کالغصب، فلولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لکان القول بضمانهما کترتب الأیدی فی الغصب فی غایه الحسن.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات.

ثم قـال: «و على هـذا نبه خـالى العلامه دام ظله فى حاشـيته على شـرح الإرشاد، إلا أن ظاهره سـلمه الله المصـير اليه أو بقاؤه فى شبـاك التردد من دون أن يقطع بمـا ذكره الأصـحاب، و لعله لتوقفه فى فهم الإجمـاع و تردده فى قبول حكـايته من نـاقله، لعـدم قطعه به، و هو حسن، و لكن

الإجماع ظاهر، فالمصير إلى ما ذكروه متعين».

قلت: لاـ يخفى عليـك مـا فيه بعـد التأمـل فيمـا ذكرنـاه، ضـروره أن القوه إذا كانت على وجه لا يسـند الفعل إلا إلى ذيها تـدفع الضمان عن السبب الذى ظاهر ما دل على التضمين به انما هو فيما إذا لم يكن معه مباشر قوى.

نعم قد يشك فى صوره ما لو قصدا الاشتراک فى الإتلاف، بأن فعل ذو السـبب سـببه لإراده مباشره الإتلاف من المتلف، كما لو نصب سـكينا فى الأرض ليدفعه الآخر عليها مثلا، مع أن التحقيق فيها أيضا كون الضمان على المباشر الذى يسند الفعل إليه و إن كان ذلک معينا له و صار فعله من المعـدات، كما هو واضح بأدنى تأمل فى الفرق بين المعدات القريبه و البعيده، و لعله لذا قالوا فى القصاص: إنه يحبس ذو السبب الى أن يموت، و القصاص على المباشر، هذا كله فى اجتماع المباشره و التسبيب.

أمـا اجتمـاع السـببين بأن يحفر واحـد بئرا و يضع آخر عنـده حجرا فيعثر به إنسان فيقع فى البئر ففى المسالک «إن اتفقا فى وقت واحد اشتركا فى الضمان، لعدم الترجيح، و إن تعاقبا فالضمان على المتقدم فى التأثير، لاستقلاله بالضمان أولا، فكان أولى، و هو سبب السبب، فيجب وجود المسبب عنده».

و كـأنه أراد مـا فى التـذكره، قـال: «و لو تعـدد السبب فالضـمان على المتقـدم منهما إن ترتبا، كما لو حفر شـخص بئرا فى محل عدوانا

و وضع آخر حجرا فيه فعثر إنسان بالحجر فوقع فى البئر فالضمان على واضع الحجر، لأنه السبب المؤدى إلى سبب الإتلاف، فكان أولى بالضمان، لأن المسبب يجب مع حصول سببه فيه، فوضع الحجر يوجب التردى، أما لو انتفى الترتيب فالضمان عليهما، كما لو حفر و وضع الحجر فان الضمان عليهما».

قلت: لا يخلو كلامهما من خفاء فى الجمله، و الذى ذكره غيرهما أنه يقدم الأول فى الجنايه و إن تأخر حدوثه عن الآخر، و ربما احتمل ترجيح الأقوى، كما لو نصب سكينا فى البئر المذكور، و قد يحتمل قويا تساوى السببين، لاشتراكهما فى التلف الحاصل خارجا، و أنه لولا الحجر لم يحصل التردى فى البئر، كما أنه لولا البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفا، بل لو فرض كون كل من السببين متلفا لو استقل إلا أنهما اشتركا فيما تحقق فى الخارج من التلف يتجه أيضا فيه الاشتراك فى الضمان. و تمام الكلام فى ذلك فى الديات إنشاء الله تعالى.

و كيف كان فقد استثنى غير واحد من الأصحاب من قاعده تقديم المباشر ما إذا ضعف المباشر، و فى الدروس و اللمعه الاقتصار على استثناء الغرور و الإكراه، بل فى القواعد الاقتصار على الثانى منهما، كما فى الإرشاد الاقتصار على الأول منهما، إلا أن الظاهر إراده المثال، ضروره ضعف الريح و الشمس و النار و السبع و غيرها مما لا عقل له و لا اختيار.

و لعله لذا قال فى المسالك: «و له صور كثيره تأتى جمله منها و قد تقدم منها مسأله الغرور بتقديم الطعام اليه جاهلا، فان الضمان يستقر على الآمر».

قلت: بل لو لم يكن منه أمر بل مجرد تقديمه له ضيافه و إن قال فى التذكره: من قال: كله و لم يقل إنه ملكى و لا طعام فلان غصبته

بـل أطلق فوجهـان، أقواهمـا الضـمان، لأنه غره أيضا، بل لو كان الطعام ملک المأمور المغرور ضـمنه له أيضا، لأنه و إن كان قد سلطه عليه و صـيره بين يـديه إلاـ أنه باعتقـاده أنه ملـک الغير و أنه مسـلط على إتلاـفه بغير عوض، فليس تسـليمه له تسـليما تاما يتصـرف فيه تصـرف الملاک، فلذلک ضـعف مباشـرته بالغرور، و ما اشتهر من أن قرار الضمان على من تلف في يده المال انما هو في غير الفرض.

و أما المكره فهو الـذى أشار إليه المصـنف بقوله و لا يضـمن المكره المال و إن باشـر الإتلاف، و الضـمان على من أكرهه، لأن المباشـره ضـعفت مـع الإـكراه، فكـان ذو السـبب هنـا أقـوى بلاـ خلاـف أجـده فى شـى ء مـن ذلـک، نعم قـد تقـدم فى كتـاب الطلاق(۱)تفصيل ما يتحقق به الإكراه.

و فى المسالک «ربما قيل هنا باشتراط زياده خوف ضـرر لا يمكن تحمله، و الأشـهر الأول» قلت: و لعله لصـدق الإكراه الذى هو عنوان الحكم نصا(۲)و فتوى و إن كان الضرر يسيرا.

ثم إن ظـاهر الأصـحاب فى المقـام عـدم رجوع المالـک على المكره بشـى ء بخلاـف الجاهل المغرور، فان له الرجوع عليه و إن رجع هو على الغار، و لعله لعـدم صدق «أخذت» الظاهر فى الاختياريه عليه بخلاف المغرور، مضافا إلى ظهور رجوع المغرور فى ضمانه و إن رجع هو، و حينئذ يكون المراد من قولهم: «الضمان على المباشر

إلا مع قوه ذى السبب» أنه يستقل السبب بالضمان مع قوته، و لا يشاركه المباشر إلا فى الغرور، كما أنه يستقل المباشر بالضمان و لا يشاركه السبب.

۱- ۱ راجع ج ۳۲ ص ۱۱- ۱۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۶- من أبواب جهاد النفس- من كتاب الجهاد.

و لکن مع ذلک- إن لم یکن إجماعا- لا یخلو من نظر، خصوصا مع عود النفع إلی المباشر باعتبار مباشرته الإتلاف و إن رجع هو علی المکره.

بل قد یقال: إن القاعده تقتضی اختصاص الضمان بالمباشر الذی هو المکره و المغرور و إن أثم المکره و الغار، لاستقلال المباشر بالإتلاف و لکن ضمنا للدلیل لا لقوه السبب علی المباشر المخصوصه بما إذا کان الإسناد حقیقه للسبب دون المباشر الذی هو کالریح و الشمس.

بل قد یقال بشمول

قوله (علیه السلام)(۱): «کل مغصوب مردود»

له و إن کان مکرها علی تناول المغصوب و التصرف فیه.

بل ینبغی الجزم به فیما لو کان مغصوبا فی یده قبل الإکراه فأکره علی إتلافه، بل هو کذلک فی کل مضمون فی یده ثم أکره علی إتلافه، لأن رجوع المالک حینئذ علیه باعتبار حکم الضمان السابق، بل لا ینافیه کلام الأصحاب المراد منه عدم الرجوع من حیث الإتلاف الإکراهی خاصه، باعتبار ضعف حکم المباشره بالإکراه، و لذا رفع الشارع حکم الإکراه عن المکره(۲)الذی یمکن إراده ما یشمل الوضع منه أیضا و إن لم یکن کذلک فی الخطأ و النسیان للدلیل.

أما إذا کان مضمونا فی یده سابقا فإنه یبقی علی حکم ضمانه و إن أکره علی إتلافه، حتی لو کان الإکراه بالحکم الظاهری من حاکم الشرع، نعم هو یرجع علی المکره الذی قد صار بمنزله من تلف المال فی یده بالنسبه إلی قرار الضمان بعد أن رفع الشارع حکم التلف فی ید المکره عنه، و کذا الکلام فی المغرور و الغار بالنسبه إلی ذلک.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۴ من کتاب الخمس و فیه « الغصب کله مردود».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵۶- من أبواب جهاد النفس- من کتاب الجهاد.

و منه يعلم الوجه حينئذ فى تخير المالک فى الرجوع عليهما، فان رجع على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح، بخلاف العكس على نحو ما سمعته فى قرار

الضمان على من تلف المال فى يده فى الأيادى المتعاقبه.

كما أنه مما ذكرنا يعلم الفرق بين المضمون فى يد المكره و بين غيره كالوديعه، و إن كان فيه البحث السابق، فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع فى أطراف المسأله.

هذا و كان المصنف أشار بالاقتصار على المال الى الاحتراز عن النفس فإن الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره، نعم فى الجرح إشكال من حيث تناول

قوله (عليه السلام)(۱): «لا تقيه فى الدماء»

له و عدمه، و قد تقدم لنا بعض الكلام فى ذلک، و يأتى إنشاء الله تعالى، و الله العالم.

و لو أرسل فى ملكه ماء فأغرق مال غيره أو أجج نارا فيه فأحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختيارا و لا علم و لا ظن التعدى فضلا عما لو علم أو ظن عدم التعدى بلا خلاف أجده فيه، بل فى المسالک

الاتفاق، للأصل بعد عدم التفريط و عموم تسلط الناس على أموالهم(۲).

و زاد فى المسالک بأن سببيته فى الإتلاف ضعيفه بالاذن له من قبل الشارع فى فعل ذلک فى ملكه، فلا يتعقبه ضمان.

و إن كان لا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعا مع فرض إسناد الإتلاف إلى فعله، لظهور خطأ ظنه أو قطعه و قدرته على المنع، لصدق الإتلاف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۱- من أبواب الأمر و النهى- الحديث ۱ من كتاب الأمر بالمعروف و فيه « فإذا بلغ الدم فليس تقيه».
۲- ۲ البحار- ج ۲ ص ۲۷۲ الطبع الحديث.

علیه حقیقه، فیکون من المباشره، و الاذن الشرعیه لا تنافی حکم الوضع الذی هو الضمان الحاصل بإتلاف النائم و الغافل و المجنون و الصبی، اللهم إلا أن یمنع إطلاق سببیه الإتلاف للضمان علی وجه یشمل الفرض، لعدم ثبوت «من أتلف مال غیره فهو له ضامن» روایه من طرقنا و لا قاعده و ثبوت الضمان فی المذکورین للإجماع.

إلا أن الانصاف عدم خلو ذلک عن النظر، ضروره المفروغیه من قاعده «من أتلف» التی لهجت بها ألسنه الفقهاء فی کل مقام، و ربما کان فی بعض النصوص(۱)

إشعار بها، بل قد عرفت أن المقام من المباشره باعتبار کونه من تولید فعله کالقتل بنحو ذلک خطأ، و اعتقاد عدم التعدی بعد ظهور خطأه لا أثر له.

نعم قد یقوی عدم الضمان فی الفرض إذا اتفق عصف الهواء بغته بعد إشعال النار مثلا فإنه یمکن منع إسناد الإتلاف إلیه حینئذ، بل هو من السبب الجائز له نحو حفر البئر فی ملکه فألقت الریح فیها شیئا، و لعله علیه ینزل إطلاق محکی المقنعه و النهایه و المبسوط و السرائر عدم الضمان إذا أشعلها فی ملکه فحملتها الریح إلی غیره.

و علی کل حال فمما ذکرنا یعلم أنه لا إشکال فی الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجه و العلم أو الظن بالتعدی، بل فی المسالک «لا شبهه فی الضمان، لتحقق التفریط المقتضی له مع وجود السببیه الموجبه للضمان» و فی الکفایه أنه مقطوع به فی کلامهم، و لا أعرف فیه خلافا.

۱- ۱ راجع الوسائل- الباب- ۱۰ و ۱۱ و ۱۴- من کتاب الشهادات و الباب- ۵ و ۷- من کتاب الرهن- الحدیث ۲ منهما و الباب- ۲۹- من کتاب الإجاره و الباب- ۱۸- من کتاب العتق الحدیث ۱ و ۵ و ۹ و الباب- ۲۲- من أبواب حد الزنا- الحدیث ۴ و الباب- ۱- من أبواب نکاح البهائم- الحدیث ۴ من کتاب الحدود.

بـل منه يعلم أيضـا قوه القول بالضـمان مع انتفـاء أحـد الأـمرين، كمـا هو مقتضـى اشتراط عـدمه بهما فى بعض العبارات، بل هو صريـح المحكى عن التحرير و اللمعه، بـل و الكفـايه و إن اعتـبر الظن القوى فيهـا. بـل و الـدروس و إن اعتـبر العلم و لم يكتف بالظن.

و كـأنه مـال إليه فى المسالـك فيمـا لو علم التعـدى و تركه اختيـارا و إن كـان فعله بقـدر حـاجته، قال: «لأن تركـ قطعه مع علم التعـدى إلى الغير و قدرته على قطعه تعد محض، نعم مع عدم العلم و لا الظن قد يشـكل الضـمان على تقدير تجاوز الحاجه، لأن فعله مأذون فيه على التقدير، و لا تفريط». قلت: قد عرفت صدق الإتلاف عليه و إن كان مأذونا غير مفرط.

و حينئذ فظاهر قول المصـنف مع علمه أو غلبه ظنه أن ذلك موجب للتعدى إلى الإضرار كالفاضل فى القواعد و الإرشاد لا يخلو من نظر، و لعل المراد بالظن فى كلامهم ما يشـمل قضاء العاده بسريانه، كما لو كان الهواء شديدا بحيث يحمله الى ملك الغير و إن اتفق عدم شعوره بذلك لبلاده أو غيرها.

و فى القواعد فى كتاب الديات «و إن كان الهواء عاصفا و لا حائل أو أجج أكثر من قدر الحاجه مع غلبه الظن بالتجاوز ضمن» و نحو ذلك ما عن غصب التذكره. و ظاهره الاكتفاء بعصف الهواء عن غلبه الظن.

و التحقيق مـا عرفت من كون المـدار على صـدق الإتلاـف حقيقه و لو بالتوليـد إن لم يكن إجماع على خلافه، من غير فرق بين التجاوز فى الحاجه و عدمه، و بين العلم أو الظن بالتعدى و عدمه، نعم لو كان ذلك من التسبب لم يكن عليه ضـمان ما لم يعلم التعدى أو يغلب على ظنه و لو

لكونه من شأنه ذلك.

و بما ذكرنا يفرق بين تأجيج النار فى العاصف و بين تأجيجها بلا ريح ثم يعرض الريح فى الأثناء كما أشرنا إليه سابقا.

هذا و فى المسالك «و لو اتفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاوره.

فالحكم كما لو سرت إليها، إلا أن يكون أغصان الشجره فى هواء أرض توقد النار، فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن، و إلا اتجه الضمان، لأنه ليس له إتلافها مطلقا كما تقرر فى موضعه. و فى التذكره أطلق عدم ضمانها متى كانت فى هواء موقد النار، و ضمانها إن لم يكن كذلك من غير تقييد بعلم التعدى أو تجاوز الحاجه، محتجا بأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيره، و لا يخفى ما فيه».

قلت: قد تقدم تحقيق الحال فى المسأله سابقا، و الله العالم.

[يتفرع على السبب فروع]

[الأول لو ألقى صبيا فى مسبعه أو حيوانا يضعف عن الفرار]

الأول لو ألقى صبيا فى مسبعه أو حيوانا يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع و إن لم نقل بأن موت الصبى المغصوب سبب يوجب ضمان لغاصب مطلقا، لأنه أقوى من المباشر الذى لا يحال عليه الضمان.

خلافا للمحكى عن مبسوط الشيخ من عدم الضمان، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، و فيه عدم انحصار الضمان بذلك، ضروره ضمانه بمباشره الإتلاف و تسبيبه على الوجه الذى قدمناه و إن لم يكن غصبا، بل لا فرق بين الصغير و غيره كالمجنون و نحوه ممن لا يتمكن من التخلص.

نعم لا يضمن الكبير الذى يمكنه التحرز عاده باتفاق إتلاف السبع له، لأن ذلك لا يعد سببا فى حقه، و إنما وقع بالاتفاق، كما لو وضع الصبى فى غير المسبعه فافترسه السبع اتفاقا، فإنه لا يضمنه على المشهور خلافا للشيخ و من عرفت، و عنه احترز المصنف بقوله: «مسبعه».

لكن فى القواعد «لو نقل صبيا حرا إلى مضيعه فافترسه سبع ففى الضمان إشكال».

بل فى التذكره «لو نقل صبيا حرا إلى مضيعه فاتفق سبع فافترسه فلا ضمان عليه، إحاله للهلاك على اختيار الحيوان و مباشرته، و لم يقصد الناقل بالنقل ذلك، و فيه إشكال، أما لو نقله إلى مسبعه فافترسه سبع وجب الضمان، و به قال أبو حنيفه، لأنه قصد الإتلاف بالنقل، و للشافعيه وجهان، أشهرهما أنه لا ضمان».

و فى جامع المقاصد بعد أن جعل منشأ الاشكال عدم دخول الحر تحت اليد و حصول السبب قال: «و هذا الاشكال ليس بشى ء بعد ما سبق فى كلامه من أن الصبى إذا ألقاه فى مسبعه فافترسه السبع ضمنه، و كذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحيه و وقوع الحائط على الرأى. فإن إلقاؤه فى مضيعه أقرب إلى توقع عله الهلاك من هذه الأخيره، و الأصح الضمان فيه و فى المجنون كما سبق».

قلت: لعل الفرق أنه لا تسبيب باتفاق افتراس الأسد له فى المضيعه باعتبار عدم اعتياده فيها، بخلاف أرض المسبعه، فيكون الأول كضمانه لو تلف بلدغ حيه أو عقرب الذى توقف هو فيه، و نسب الضمان إلى رأى، بخلاف أرض المسبعه، بل كاد يكون ما ذكرناه صريح ما حكيناه عنه فى التذكره، و الله العالم.

[الثانی لو غصب شاه فمات ولدها جوعا ففی الضمان تردد]

الثانی لو غصب شاه فمات ولدها جوعا ففی الضمان تردد، و کذا لو حبس مالک الماشیه عن حراستها فاتفق تلفها، و کذا التردد لو غصب دابه فتبعها الولد کما فی القواعد و الإرشاد و الکفایه، بل و الإیضاح باعتبار عدم الترجیح فیه، بل و التذکره و إن اقتصر علی الثانی، بل و اللمعه و إن اقتصر علی الأخیر.

نعم قرب فی الدروس فیه الضمان، و فی الروضه أنه أقوی، و جعل منشأ النظر فی غایه المراد فی الثلاثه عدم الاستقلال، فلا یتحقق غصب و من أنه سبب فی الإتلاف، إذ لولاه لم یتحقق التلف و إن کان لعله اخری خارجه.

و فی جامع المقاصد و المسالک الأولی أن یقال: إن منشأ النظر الشک فی کونه سببا فی التلف و عدمه، لانتفاء المباشره للإتلاف و الغصب. ثم قال فی الأول: «و التحقیق أن یقال: إن قصد توقع العله فی التلف بغصب الشاه و الدابه و حبس المالک عن حراسه الماشیه حیث یکون التلف متوقعا ثابت، و معه فالضمان لازم، لضعف المباشره، و مثله ما لو منع المالک من إمساک دابته المرسله حیث یتوقع تلفها مع بقائها مرسله، و یختلف الأمر فی ذلک باختلاف الأحوال، فربما کان بقاء الدابه المرسله أیاما و شهرا لا یتوقع معه التلف، فلا ضمان لو حبس المالک فاتفق علی سبیل الندره- إلی أن قال-: و لو منعه من بیعه فاتفق تلفه فلا ضمان، لعدم تحقق معنی السببیه فی التلف بالمنع من البیع، إذ لیس مما یقصد بمنع البیع توقع حدوث عله التلف، و لو کان مشرفا علی الموت فمنعه من

بیعه لیذکیه المشتری أو منعه من تذکیته فهنا یحتمل الضمان احتمالا لا یخلو من وجه، لوجود معنی السببیه» إلی آخره.

و کأنه إلیه عرض فی المسالک، حیث قال فی المسائل الثلاث:

«و الحق أن منشأ التردد انما یکون من الشک فی السببیه هنا، إذ لو سلمت لم یبق إشکال فی الضمان، و منشأ الشک فیها مبنی علی تعریف السبب، فعلی ما ذکره المصنف من تعریفه إذا مات الولد جوعا بحیث لولا- غصب الام لما مات عاده فالسببیه متحققه فیه، لکن اتفاق تلف الماشیه بعد حبس المالک عن حراستها قد یکون بسبب حبسه و قد لا یکون، فان فرض فهو سبب أیضا، و إن فسر السبب بإیجاد ما یحصل التلف عنده لعله أخری إذا کان السبب مما یقصد لتوقع تلک العله کما عرفه جماعه فیتوقف ثبوت سببیته علی قصد الغاصب للشاه و الحابس للمالک إلی إتلاف الولد و الماشیه، و الأصح الضمان مع استناد التلف الی فعل الغاصب، بمعنی أنه لولا الغصب و الحبس لما تلفت عاده، فإن الواقع فی العباره أعم منه لتحقق السببیه حینئذ، و القصد غیر معتبر فی تحققها و ترتب أثرها کما اقتضاه التعریف الذی اخترناه» انتهی.

و فی الإیضاح «منشأ النظر فی الأول من أنه مات بسببه، لصحه إسناده إلیه عرفا، و لأن السبب هو فعل ما یحصل الهلاک عنده لعله سواه، و هذا تفسیر بعض الفقهاء» إلی آخر ما حکیناه عنه سابقا فی شرح قول المصنف:

«الثانی التسبیب».

و مما ذکرناه فی ذلک المقام و غیره یظهر لک النظر فی جمله من هذه الکلمات، ضروره أنک قد عرفت کون السبب هو ما دلت علیه النصوص المزبوره أو

ألحق به بإجماع و نحوه، و ما عداه فالأصل براءه الذمه من الضمان به، فالمتجه عدم الضمان حینئذ فی المسائل المفروضه بعد فرض

الشک فی السببیه الشرعیه بالمعنی الذی ذکرناه، و لا یجدی کونها أسباب عرفیه أو مشابهه لما فی النصوص مما ذکر فیها الضمان به بعد حرمه القیاس عندنا و عدم الإجماع علی الإلحاق و عدم دلاله عرفیه علی وجه یندرج فیها، فتأمل جیدا فان تحقیق المقام و نظائره مبنی علی ما قدمناه سابقا، و الله العالم.

[الثالث لو فک القید عن الدابه فشردت أو عن العبد المجنون فأبق ضمن]

الثالث لو فک القید عن الدابه فشردت أو عن العبد المجنون فأبق ضمن، لأنه فعل یقصد به الإتلاف فیندرج فی السبب المنتزع من النصوص السابقه(۱)و کذا لو فتح قفصا عن طائر فطار مبادرا أو بعد مکث بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل عن الکفایه أنه المعروف من مذهب الأصحاب، بل عن ظاهر التذکره الإجماع فی الأخیر أو فی الثلاثه کما عن المبسوط و الغنیه نفی الخلاف فیها، و کذا عن المبسوط أنه لو أهاج الدابه فشردت أو الطائر فطار بلا خلاف أی منا و من العامه، و عن التذکره لو أهاج الطائر ضمن قولا واحدا.

بل صرح غیر واحد بأنه لو أفسد الطائر مثلا بخروجه ضمنه، لأن فعل الطائر منسوب الیه، و إن کان لا یخلو من نظر. خصوصا فی مثل إتلاف الدابه بعد الفک بعض الأحوال، ضروره إمکان منع السببیه الشرعیه، و لو تلفت هذه الثلاثه بغیر الجهه التی هی فعل السبب کأن مات الطائر مثلا فلا ضمان، لعدم مدخلیه السبب و عدم وضع الید الموجب للضمان.

و احترز بالمجنون عن العاقل الذی صرح غیر واحد بعدم ضمانه،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸ و ۹ و ۱۱- من أبواب موجبات الضمان- من کتاب الدیات.

لقوه المباشر على السبب كفتح الباب، و قد أشار إليهما المصنف بقوله:

و لا كـذلك الحكم لو فتـح بابا على مال فسـرق أو أزال قيدا عن عبد عاقل فأبق بل لم أجد خلافا فى الأول منهما و إن أشـعر به نسبته إلى المشهور فى الكفايه إلا أنا لم نتحققه، بل لعل الثانى أيضا كذلك لأن التلف بالمباشره لا بالسبب.

نعم قيد الأخير فى محكى التذكره و جامع المقاصد و الكفايه بما إذا لم يكن آبقا، لكن فى التذكره فى الضـمان حينئذ إشـكال، من حيث اسـتناد فعله اليه، فكان مباشـرا، و مباشـرته معتبره، لأنه عاقل، و من حيث أن المالك قـد اعتمد ضـبطه، فإطلاقه إتلاف عليه، فكان كحل المجنون و الـدابه، فلا شك فى صـدق السـببيه، و ليس هناك مباشـر يمكن أخـذ الحق منه، و كونه قادرا على التحفظ مع عـدمه لا ينفع، و هـذا أقوى لمكان التسبيب، كما يأتى فى غصب الحر مع صـدق التصـرف فى مال الغير، و لأنه بهذه العاده قد أشبه الدابه و نحوها، و فيه أنه مناف لقاعده تقديم المباشر على السبب.

هذا و فى الدروس «و لو فتح بابا على عبد محبوس فذهب فى الحال ضـمنه عند الشـيخ، و نقل عن كل العامه عدم الضمان، و لا فرق بين كونه عاقلا أو مجنونا، آبقا أو غير آبق، بالغا أو صبيا».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و قد يستأنس للضمان بما ورد من الضمان بإطلاق الغريم(۱).

۱- ۱ لم أعثر على ما ادعاه مما ورد من الضمان بإطلاق الغريم، و قد تعرض هو قده لهذه المسأله فى ج ۲۶ ص ۱۹۷- ۱۹۸ و لم يستدل بما ذكره هنا، و انما استند فى الحكم بالضـمان إلى قاعده« لا ضرر و لا ضرار» و فحوى ما ورد فى القاتل الذى رواه فى الوسائل- الباب- ۱۵- من كتاب الضمان- الحديث ۱ و لو كان بذلك المضمون روايه خاصه لتعرض لها هناك بطريق اولى.

و علی کل حال فقد أشار المصنف و غیره بقوله: «فطار مبادرا» الی آخره إلی خلاف بعض الشافعیه، حیث حکم بالضمان فی الأول دون الثانی لبعض الوجوه الاعتباریه.

و کذا لا ضمان لو دل السارق لما عرفت، لکن الفاضل فی الإرشاد هنا قال بالضمان، و نسبه غیر واحد ممن تأخر عنه إلی

مخالفه جمیع الأصحاب، و فی غایه المراد «قد تصفحت کتب أصحابنا فلم أجد أحدا قال بالضمان».

قلت: و إن لم ینص علی عدمه من تقدمه غیر المصنف إلا أن قاعده تقدیم المباشر علی السبب المعلومه عندهم تقتضی کون الضمان علی السارق، و ربما نزل ما فی الإرشاد علی ما إذا کان مستأمنا فدل السارق علی أمانته، و لا بأس به و إن کان خروجا عما نحن فیه. فاتضح بذلک کله أن الضمان علی المباشر الذی هو أقوی من السبب.

بل الظاهر عدم الضمان علی ذی السبب مع عدم العلم بکون التلف به مجردا عن مباشر أقوی منه، فلو حصل التلف بمباشره غیره و لم یعلم کونه ممن یقدم علی السبب أو لا لم یضمن، للأصل و ظهور النصوص السابقه(۱)فی اعتبار التلف به فی التضمین به.

و أولی من ذلک بعدم الضمان ما إذا لم یعلم أصل کون التلف به، کما لو وجد دابه- مثلا- میته فی البئر المحفوره عدوانا و لم یعلم أنها ماتت فی الخارج ثم رمیت به أو بتردیها به. أما لو علم مدخلیته فی التلف و لکن لم یعلم مباشره غیره معه علی وجه یرتفع الضمان معها

فقد یتوهم الحکم بضمان ذی السبب حینئذ، لأصاله عدم الغیر.

لکن لا یخفی علیک أنه من الأصول المثبته بعد ما عرفت من ظهور

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸ و ۹ و ۱۱- من أبواب موجبات الضمان- من کتاب الدیات.

النصوص(۱)فی اعتبار کون العطب به خاصه فی الضمان، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو أزال وکاء الظرف فسال ما فیه ضـمن إذا لم یکن یحبسه إلا الوکاء بلا خلاف کما عن المبسوط و السـرائر، بل و لا إشـکال مع فرض کونه مطروحا علی الأرض، ضروره کونه مباشرا للإتلاف أو بحکمه.

و کذا لو سقط بفعله أو بما یستند الی فعله، کما لو سال منه ما ألان الأرض تحته فاندفع ما فیه ضمن بلا خلاف أجده فیه بین من تعرض له لأن فعله سبب مستقل بالإتلاف إذ السقوط بالمیلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح، و هو مما قد یقصد به ذلک، و لعله بمعونه فتوی الأصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص السابقه(۲)أو یندرج فیها.

أما لو فتح رأس الظرف فقلبته الریح الحادثه أو زلزله أو وقوع طائر أو ذاب

بالشمس ففی الضمان تردد کما فی التحریر و الإرشاد.

و لعل الأشـبه أنه لا یضـمن لا لأن الریـح و الشـمس کالمباشـر، فیبطل حکم السـبب ضـروره قوه السـبب بالنسـبه إلیهما بعد عدم قابلیتهما للضـمان، بل للشک فی السـببیه المزبوره شرعا علی وجه یترتب علیها الضمان، خصوصا بعد عدم تعارف قصد الإتلاف بالفتح بتوقع الهبوب، و الأصل البراءه.

خلافـا للفخر فی المحکی من شـرح الإرشـاد و غایه المراد و الـدروس و جامع المقاصـد و تعلیق الإرشاد و المسالک من الحکم بالضمان، لأن فعله سبب تلفه، إذ لولا الفتح لما ضاع ما فیه، و لم یتخلل بینهما ما یمکن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸ و ۹ و ۱۱- من أبواب موجبات الضمان- من کتاب الدیات.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸ و ۹ و ۱۱- من أبواب موجبات الضمان- من کتاب الدیات.

إحاله الحكم عليه، فوجب الضمان، إذ هو كما لو جرح إنسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجراحه، فإنه يضمن فكذا هنا، بل عن مجمع البرهان لا إشكال فى الضمان إذا علم كون فعله سببا فقط لا غير و لم يعلم استناده إلى غيره بالكليه.

و لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه من كون المدار على السبب الشرعى المستفاد من النصوص المزبوره أو ما يلحق به بإجماع و نحوه، و المقام ليس كذلك، خصوصا فى مثل حدوث الريح الذى جزم بعدم الضمان فيه فى محكى المبسوط فارقا بينه و بين إشراق الشمس، بل عنه و عن الغنيه نفى الخلاف فى عدم الضمان به، و فى الكفايه أن عدم الضمان به أقرب.

و عن التذكره التوقف فى الضمان به بخلاف الشمس، فاستوجه الضمان بها، قال: «لأنها مما يعلم طلوعها، فيكون الفاتح له معرضا ما فيه للشمس، بخلاف هبوب الريح الذى هو غير منتظر و لا متوقع، فالهلاك حينئذ لم يحصل بفعله، و ليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض، ففعله غير ملجئ، و الأمر الحادث مباشر، فلم يتعلق الضمان بفعله، فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دل سارقا فسرق».

قلت: لا يخفى عليك ما فى الجميع بعد الإحاطه بما ذكرناه، ضروره صدق السببيه على مذاقهم فيهما، بل فى جامع المقاصد أن وجود الريح كثير موجب لتوقع القلب و الانقلاب، نعم يتوجه عدم الضمان بناء على ما ذكرناه من كون سبب الضمان شرعيا، و هو ما تضمنته النصوص المزبوره أو ألحق به بإجماع و نحوه و لو على وجه تنجبر به الدلاله، كما هو واضح.

و کذا الکلام فیما إذا أزال أوراق الکرم و جرد عناقیدها للشمس حتی أفسدتها، اللهم إلا أن یقال فیه و فی أمثاله بصدق إسناد التلف إلیه حقیقه، فیخرج حینئذ عما نحن فیه.

و لو فرض مجی ء إنسان فأسقطه فلا شبهه فی کون الضمان علیه، لأنه مباشر أو کالمباشر فی القوه من الأول، بل الظاهر ضمان الأخیر فیما لو فتح رأسه و أخذ ما فیه فی الخروج ثم جاء آخر و نکسه، و إن احتمل اشتراکهما فی ضمان الخارج بعد النکس، إلا أن الأول أصح، ضروره کون الثانی المباشر أو بحکمه.

و لو فرض فی الجامد مجی ء آخر بعد الفتح فقرب منه نارا حتی ذاب و ضاع فالضمان علی الثانی، لکونه مباشرا أو بحکمه، و ربما احتمل عدم ضمانهما معا، لأن مجرد الفتح لا یقتضی الضمان فیه، و عدم تصرف الثانی فی الظرف و لا فی المظروف، إلا أنه کما تری.

و أولی من ذلک ما لو کان رأس الزق مفتوحا من المالک فجاء إنسان فقرب منه النار.

هذا و لا یخفی علیک الحال فیما لو حل رباط سفینه فغرقت بالحل أو غرقت بسبب حادث من هبوب ریح أو غیره، و فی المسالک الجزم بالضمان فی الأول، و فی الثانی الوجهان، و الله العالم.

[و من الأسباب الموجبه للضمان علی نحو ضمان الغصب القبض بالعقد الفاسد]

و من الأسباب الموجبه للضمان علی نحو ضمان الغصب القبض بالعقد الفاسد کعقد البیع و نحوه من العقود الموجبه لانتقال الضمان إلی القابض، بلا خلاف أجده فیه، بل هو المعروف من مذهب الأصحاب، بل فی المسالک هو موضع وفاق،

لعموم «علی الید»(۱)

و لأن کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، کما تقدم الکلام فی ذلک مستوفی

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

فی کتاب البیع(۱)و غیره، و لم نجد من تأمل فی ذلک سوی المقدس الأردبیلی، و هو فی غیر محله.

نعم قد یتأمل فی وجه القاعده المزبوره فی صوره العکس، و هی کل ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده و إن کانت مسلمه بینهم أیضا کالأولی، کما أوضحنا ذلک کله فی محله.

و نزید هنا بأن نقول: لعل الوجه فی الإجماع المزبور فی الصورتین أما الضمان فی الأولی فلعموم «علی الید» و لأن الإقدام منهما قد وقع بعنوان المعامله التی مقتضاها الضمان من دون نظر إلی صحتها و فسادها، بل لاحظا مسماها المشترک بین الصحیح و الفاسد، و الفرض أن مقتضاها الضمان الذی هو مضمون «علی الید» و لا فرق فی ذلک بین العلم بالفساد و الجهل به.

و أما الثانیه فقد لاحظا مسماها المشترک بین الصحیح و الفاسد الذی مقتضاه عدم الضمان، فمع فرض کونه العنوان یترتب عدم الضمان علی تقدیری الصحه و الفساد مع العلم و الجهل به، إذ عدم الضمان لیس من أحکام الصحیح منه، و لا أن الاذن مقیده بالصحیح منه، ضروره عدم ملاحظه ذلک لهما، و إن زعما أو أحدهما الصحه لکنه لا علی وجه تقید الاذن بها، بل لیس الصادر منهما و لا العنوان لهما إلا المسمی المشترک بین الصحیح و الفاسد الذی مقتضاه عدم الضمان، لعدم کونه من أحکام الصحیح منه فتأمل جیدا فإنه دقیق نافع، بل یمکن الجزم بأنه وجه الإجماع، و الله العالم.

و منها أیضا القبض بالسوم، فان القابض یضمن

۱- ۱ راجع ج ۲۲ ص ۲۵۷- ۲۶۰.

عند الأكثر بل المشهور، كما فى المسالك و غيرها،

لعموم «على اليد ما أخذت»(۱)

المقتصر فى الخروج منها على غير الفرض من الأمانه.

خلافا للمحكى عن موضع من السرائر و المختلف و الإيضاح و مجمع البرهان بل فى المسالك و الكفايه، و هو متجه للأصل بعد كون القبض المزبور باذن المالک، فيكون أمانه كالوديعه.

و فيه منع اقتضاء ذلک عدم الضمان حتى فى مثل الفرض، خصوصا بعد الشهره على الضمان فيه، بل ربما أرسلوه إرسال المسلمات، بل المحكى عن كثير- حتى المختلف و الإيضاح و المسالك و مجمع البرهان- التصريح بالضمان فيما إذا دفع البائع لعبد كلى موصوف عبدين للمشترى ليتخير فأبق أحدهما إلحاقا له بالمقبوض بالسوم إن لم يكن منه،

لعموم «على اليد»(۲)

و قد تقدم الكلام فى ذلک كله أيضا.

و منه يعلم عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبر عنه بالسوم، بل المراد منه الأعم من ذلک، و هو كل مقبوض، ليكون مضمونا عليه حينئذ، فيندرج فيه قبض المرأه المال ليكون مهرا و الرجل ليكون عوض خلع و نحو ذلک، لاتحاد المدرک فى الجميع، و الله العالم.

و كذا استيفاء المنفعه بالإجاره الفاسده سبب لضمان اجره المثل أو الأقل منها و من المسمى بلا خلاف أجده فيه، لقاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» و

عموم «على اليد»(۳)

و «من أتلف»(۴)

و أصاله احترام مال المسلم.

نعم فى المسالک أن ضمان ذلک من باب المباشره للإتلاف، لا من

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

۳- ۳ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

۴- ۴ راجع التعليقه فى ص ۶۰.

باب الأسباب، و إدخالها فی السبب تجوز قال: «و من حکم إتلاف مال الغیر مع عدم تسلیط المالک أن یلزمه العوض إما بعین إذا کان أو قیمه المثل أو أجرته عینا کان أو منفعه».

و فیه أن المراد هنا بالسبب کون ذلک من أسباب الضمان، لا أن المراد الضمان بالتلف السببی، و فرق واضح بینهما.

و هل العین مضمونه بالاستیفاء؟ قال فی جامع المقاصد: «الذی یلوح من کلامهم العدم، و الذی ینساق الیه النظر کونها مضمونه، لأن التصرف فی العین غیر جائز، فهو بغیر حق، فیکون فی حال التصرف استیلاؤه علیها بغیر حق، و ذلک معنی الغصب، إلا أن کون الإجاره الفاسده لا یضمن بها کما لا یضمن بالصحیحه مناف لذلک، فیقال: إنه دخل معه علی عدم الضمان بهذا الاستیلاء و إن لم یکن مستحقا، و الأصل براءه الذمه من الضمان، فلا تکون العین بذلک مضمونه، و إنما

تضمن المنفعه خاصه، و لولا ذلک لکان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن، لأن استیلاءه بغیر حق، و هو باطل».

قلت: قد قدمنا الکلام مستوفی علی وجه یعلم منه عدم المنافاه بین ضمان العین و بین القاعده المزبوره، و یعلم منه أیضا الفرق بین الرهن و بینهما، فلاحظ و تأمل. فإنه مع ذلک قد یقوی عدم ضمانها أیضا، و الله العالم.

[النظر الثانی فی الحکم]

اشاره

النظر الثانی فی الحکم لا- خلاف بیننا فی أنه یجب رد المغصوب ما دام باقیا بل الإجماع بقسمیه علیه إن لم یکن ضروره من المذهب، مضافا إلی

قوله (علیه السلام)(۱)فی النصوص السابقه: «کل مغصوب مردود».

بل الظاهر کون الحکم کذلک و لو تعسر و اقتضی هدم البناء أو خراب السفینه کالخشبه تستدخل (المستدخله خ ل) فی البناء و (أو خ ل) اللوح فی السفینه ضروره بقائها علی ملکه و وجوب ردها الیه فورا، و قد سمعت

قول أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۲): «إن الحجر المغصوب فی الدار رهن علی خرابها».

و حینئذ ف لا یلزم المالک أخذ القیمه خلافا لأبی حنیفه و تلمیذه الشیبانی، فإنهما قالا بملک الغاصب لهما، فلا یجب علیه ردها و لکن یلزمه قیمتها، و لا ریب فی مخالفه ذلک قواعد الإسلام بل الواجب علیه مع استخراجها رد أجرتها من حین الغصب الی حین الرد و الأرش إن نقصت.

و کذا الکلام فیما لو مزجه مزجا یشق تمییزه کمزج الحنطه بالشعیر أو الدخن بالذره و حینئذ یکلف تمییزه و إعادته

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۴ من کتاب الخمس، و فیه « الغصب کله مردود».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۵.

نعم لو بلغت حد الفساد علی تقدیر الإخراج بحیث لا یبقی لها قیمه فلا خلاف و لا إشکال فی وجوب تمام القیمه علیه.

و لکن هل یجبر علی إخراجها؟ ظاهر الدروس العدم، قال فیها:

«یجب رد المغصوب إلی مالکه إجماعا، و ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «علی الید ما أخذت حتی تؤدیه»

و إن تعسر، کالساجه فی البناء و اللوح فی السفینه و إن أدی إلی خراب ملکه، لأن البناء علی المغصوب لا حرمه له، و یضمن أرش نقصانهما و أجرتهما، و لو علم تعیبهما و أنه لا ینتفع باخراجهما ضمنهما الغاصب بقیمتهما» بل عن صریح المبسوط ذلک أیضا.

بل فی المسالک «ظاهرهم عدم وجوب ردها و أنها تنزل منزله المعدومه» و إن قال بعد ذلک: «و لو قیل بوجوب إعطائها المالک إذا طلبها کان حسنا و إن جمع بین القیمه و العین».

قلت: لکنه مناف

لقاعده «لا ضرر و لا ضرار»

و مناف أیضا لملک القیمه التی هی عوض شرعی یقتضی ملک معوضه للدافع، اللهم إلا أن یقال: إنها عوض مالیه و إن بقی هو مملوکا، لکنه کما تری، و ستسمع إنشاء الله تحقیق الحال فی المسأله الآتیه.

و لعل احتمال وجوب بقائها و أخذ الأجره عنها خاصه أو مع القیمه للعین للحیلوله لتعذر إیصالها کما هی لکن مع ملاحظه سلب المنفعه الخاصه أیضا أولی و إن لم أجد من احتمله هنا.

و علی کل حال فقد ظهر لک أنه لو أدرج لوحا مغصوبا فی سفینه وجب قلعه إن لم یخف من نزعه هلاک نفس محترمه أو مال کذلک، بأن کانت علی وجه الأرض مثلا أو أدرجه فی أعلاها علی وجه لم یخش من

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴. و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

نزعه الغرق، و خلاف أبی حنیفه آت هنا.

و إن كـانت فی اللجه و خیف من النزع غرق حیوان محترم- آدمی أو غیره- أو مال كـذلك لغیر الغاصب الجاهل بالغصب ففی القواعـد و التـذكره و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و ظاهر غیرها عدم وجوب النزع، بل فی مجمع البرهان لا خلاف فیه، جمعا بین الحقین، و لاحترام روح الحیوان، سواء كان الغاصب أو للغاصب أو غیره.

و فیه إمكـان إلزام الغـاصب و من بحكمه بذبـح الحیـوان مقـدمه لإیصـال مـال الغیر الواجب علیه فورا، و دعوی حرمه ذبحه لغیر الأكل ممنوعه.

و لو كـان المـال للغـاصب أو من بحكمه و هو العـالم بـأن فیهـا لوحـا مغصوبا فالظاهر وجوب النزع، وفاقا للفاضل فی القواعـد و التحریر و ولده و الشـهید و الكركی، بل هو قضـیه إطلاق المصـنف و غیره، بل فی المسالك نسـبته إلی صـریح الأكثر، لأن دفع المغصوب واجب فورا، و لا یتم إلا به، و الضرر هو الذی أدخله علی نفسه بعدوانه الذی لا یناسبه التخفیف.

و عن المبسوط و التذكره و ظاهر السـرائر عدم وجوب النزع، لأن السفینه لا تدوم فی البحر، فیسهل الصبر إلی انتهائها إلی الشط، فتؤخـذ القیمه للحیلوله إلی أن یتیسـر الفصـل و رد اللوح مع أرش النقص إن نقص جمعـا بین الحقین، بخلاـف الساجه فی البناء الذی لا أمد له ینتظر.

و هو كما تری مجرد اعتبار لا یرجع إلی محصل، و دعوی سـقوط المقدمه لقاعده الضـرر و نفی الحرج واضـحه السقوط بعد أن كان هو السبب فی إدخالهما علیه.

بل لو اختلطت السفینه بسفن كثیره للغاصب و لم یوقف علی اللوح إلا بفصل الكل فالظاهر ذلك أیضا للمقدمه، و إن حكی عن الشافعیه احتمال العدم، لكنه فی غیر محله، لما عرفت من تطابق النص و الفتوی

علی إلزام(۱)الغاصب هنا بالأشق علی وجه یقدم علی نفی الضرر و الحرج، کما أومأ (علیه السلام) إلیه ب

قوله(۲): «الحجر المغصوب فی الدار رهن علی خرابها»

ضروره اقتضائه رده علی مالکه و إن استلزم خراب الدار أجمع، کما هو واضح.

بل قد یقال: إن للمالک أخذ ماله من الغاصب الممتنع عن دفعه فی کل حال و إن استلزم ذلک تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمکن منه إلا فی الحال المزبور، و خصوصا مع حاجه المالک له فی تلک الحال لحفظ نفسه مثلا، فان احترام نفس الغاصب فی الفرض غیر معلوم، و لعل قوله تعالی(۳)«فَمَنِ اضْطُرَّ غَیْرَ باغٍ وَ لا عادٍ»* یشعر بذلک، ضروره ظهوره فی سقوط احترامه بالبغی و العدوان و إن کان فی غیر المفروض کما قدمنا الکلام فیه سابقا.

بل قد یشعر به فی الجمله سقوط احترامه فی الدفاع عن المال و لو یسیرا، اللهم إلا أن یفرق بینهما بأن ذلک حیث یمکن رفع الغاصب یده عن الغصب، فمع امتناعه یسقط احترامه، بخلاف الفرض الذی یجب فیه علی الغاصب حفظ نفسه المفروض توقفه علی بقاء العین المغصوبه فی یده، بل له أخذ مال الغیر قهرا ابتداء مقدمه للحفظ.

و فیه إمکان منع الرخصه له فی بقاء المغصوب فی یده حفظا لنفسه باعتبار کونه باغیا و عادیا قبل حال الاضطرار، فلا رخصه له، و فرق بینه و بین الاضطرار

ابتداء لأخذ مال الغیر لحفظ نفسه، لعدم البغی

۱- ۱ فی النسخه الأصلیه المبیضه« التزام» و الصحیح ما أثبتناه کما هو کذلک فی النسخه المخطوطه بقلمه الشریف.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۵.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۷۳.

و العدوان قبل حال الضروره، مع أنه يمكن منع الرخصه فيه إذا فرض توقف حياه المالک علی بقائه، لأنه لا تقيه فی الدماء، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو خاط ثوبه مثلا بخيوط مغصوبه فإن أمكن نزعها علی وجه تصل إلی مالكها الزم الغاصب ذلک و إن استلزم فساد الثوب و ضمن ما يحدث من نقص.

و لو خشی تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن القيمه كما فی القواعد و الدروس و غيرهما(۱) لكونه كالمعدوم باعتبار تعذر رده، و ظاهرهم عدم وجوب الإخراج حينئذ، كما اعترف به فی المسالک، و لكن فی جامع المقاصد فی شرح عباره القواعد التی هی كعباره المصنف «و لو طلب المالک نزعها و إن أفضی إلی التلف وجب، ثم يضمن الغاصب النقص، و لو لم يبق لها قيمه غرم جميع القيمه، و لا يوجب ذلک خروجها عن ملک المالک، كما سبق من أن جنايه الغاصب توجب أكثر الأمرين و لو استوعبت القيمه أخذها و لم تدفع العين».

و نحوه فی المسالک، قال: «الخيط المغصوب إن خيط به ثوب و نحوه فالحكم كما فی البناء علی الخشبه، فللمالک طلب نزعه و إن أفضی إلی التلف، و يضمن الغاصب النقص إن اتفق، و إن لم يبق له قيمه ضمن جميع القيمه، و لا يخرج بذلک عن ملک المالک كما سبق، فيجمع بين العين و القيمه».

و هو كما تری مناف لظاهرهم الذی اعترف به فی المسالک سابقا، و من هنا جزم فی مجمع البرهان بعدم وجوب النزع فی مثل الفرض؛ بل قال: «يمكن أنه لا يجوز، و تتعين القيمه لأنه بمنزله التلف، فتلزمه

۱- ۱ و فی النسختين الأصليتين المسوده و المبيضه« و غيرها».

القيمه فقط، و حينئذ يمكن جواز الصلاه فى ذلك الثوب المخاط، إذ لا غصب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبه من الماء المغصوب الذى حصل العلم بحاله بعد الغسل و قبل المسح».

و هو جيد موافق لما قلناه سابقا من اقتضاء ملك المالك القيمه خروج المغصوب عن ملكه، لكونها عوضا شرعيا عنه، و قد تقدم سابقا فى وطء حيوان الغير الموجب لدفع القيمه عنه ما يؤكد ذلك فى الجمله.

بل قد تقدم أيضا أن من كان فى يده المغصوب لو رجع المالك عليه و غرمه كان له الرجوع على من استقر التلف فى يده، على وجه يملك ما كان فى ذمته للمالك عوض ما أداه.

بل ستسمع ملك الغاصب المغصوب إذا أدى قيمته للحيلوله و إن كان متزلزلا، بل كان ذلك مفروغ منه عند التأمل فى كلماتهم فى مقامات متعدده ظاهره أو صريحه فى أن المؤدى عن المضمون عوض شرعى عنه على وجه يقتضى الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين مما لا قيمه له و بينها إذا كانت كذلك لو انتزعت، كما فى الفرض الذى يتعذر فيه الرد لنفس العين المغصوبه.

بل لعل قول المصنف و غيره و كذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمه لم تنتزع إلا مع الأمن عليه تلفا و شينا، و إلا ضمنها مؤيد لذلك، ضروره اقتضائه جواز التصرف للآدمى مثلا- بما خيط به جرحه، و ليس ذلك إلا للخروج عن ملكه بضمان القيمه له بتعذر الرد لاحترام الحيوان، و إن كان لنا نظر و تأمل فى أصل ما ذكروه هنا.

قالوا و اللفظ لثانى الشهيدين منهم فى المسالك: «إن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره، و المحترم إما آدمى أو غيره، فالآدمى إن خيف من نزعه تلفه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى التيمم

من المرض و الشین لم ینزع، و علی الغاصب قیمته، ثم إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر علیه، و إن خاط جرح غیره باذنه و هو عالم بالغصب قیل کان قرار الضمان علیه، و الأجود قراره علی المباشر، و أما غیر الآدمی فعلی ضربین: أحدهما غیر المأکول، و الحکم فیه کالآدمی، لأنه لا ینتفع به مع ذبحه، و الثانی المأکول، فإن کان لغیر الغاصب لم ینزع، لحرمه روحه، و إن کان للغاصب فوجهان: إنه یذبح و یرد الخیط، لإمکان الجمع بین الحقین، و هو جائز الذبح، و أظهرهما- و هو الذی یقتضیه إطلاق المصنف- المنع کما فی غیر المأکول، لأن للحیوان حرمه فی نفسه، و لهذا یؤمر بالإنفاق علیه، و یمنع من إتلافه بغیر الذبح للأکل، و قد

روی(۱) أنه (صلی الله علیه و آله) نهی عن ذبح الحیوان إلا لأکله».

قلت: قد يناقش (أولا) بإمكان منع جعل مسوغ التيمم عذرا فى عدم وجوب الرد هنا مطلقا، لما عرفته من تكليف الغاصب بأشق الأحوال فى الرد و إن استلزم الضرر عليه و المشقه، فمع فرض أنه قد خاط به جرحه و كان فى نزعه مشقه لا يخشى منها التلف و إن جاز التيمم لها أو يخشى الشين من نزعه يتجه تكليفه بذلک إلزاما له بأشق الأحوال، لأنه هو الذى أدخل الضرر عليه باختياره الغصب الذى مقتضاه ذلک، و احتمال الفرق بين الضرر المالى و غيره لا دليل عليه، نعم قد يتجه ذلک مع الخوف على النفس الذى يسقط معه خطاب الرد، فتأمل جيدا.

(و ثانيا) بإمكان إلزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان إذا كان للغير، مأكولا أو غيره، مقدمه لذبحه و نزع الخيوط منه، و إن أدى ذلک الى ضرر عليه، فضلا عن إلزامه بذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان الذى له، و دعوى حرمته لغير الأكل واضحه المنع.

۱- ۱ سنن النسائی ج ۷ ص ۲۱۱ و فیه قال ص:« حقها أن تذبحها فتأکلها و لا تقطع رأسها فیرمی بها».

(و ثالثا) بمنع إطلاق قرار الضمان عليه حتى فى صوره علم ذى الجرح بغصب الخيوط و طلبه التخييط بها.

و على كل حال فإذا مات الحيوان الـذى خيط به جرحه فان كان غير الآدمى نزع منه الخيط، و فى الآدمى وجهان: أصـحهما كما فى المسالك و غيرها العدم، لما فيه من المثله، و الآدمى محترم حيا و ميتا، و لذلك

قال (صلى الله عليه و آله) (۱): «كسر عظم الميت ككسر عظم الحى».

قلت: قـد يقـال باسـتثناء ذلك، كما ذكروه فى النبش للتوصل الى المال، بل يمكن منع كون ذلك من المثله المحرمه، خصوصـا فى بعض الأفراد.

و أما غير المحترم من الحيوان و هو ما يصح إتلافه بغير التذكيه كالخنزير و الكلب العقور فلا يبالى بهلاكه و نزع الخيط منه.

و يلحق بهمـا الكـافر الحربى بـل و المرتـد عن فطره بل و الزانى المحصن و نحوهم ممن هو غير محترم النفس، و كـذا لو عرض عدم احترامها برده و نحوها بعد الخياطه.

و احتمال عـدم الجواز باعتبار كون الحد وظيفه الامام و عدم جواز قتل المحارب فى بعض الأحوال على بعض الأقوال كما ترى، ضروره عدم كون ذلك من الحد، بل هو أخذ

ماله المستلزم لموت غير محترم النفس، و نحوه يجرى فى المحارب.

و الكلام هنا يجرى نحوه فى لوح السفينه فى صوره ما إذا كان فيها حيوان و إن لم يذكر احتمال الذبح هناك، كما نبهنا عليه، و الله العالم.

و لو حدث فى المغصوب عيب مستقر لا سرايه له مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب رده مع الأرش سواء كان بفعل

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۴ ص ۵۸.

الغاصب أو غيره، و سواء زال معه الاسم أو غيره، بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب و ضمان ما فات منه المستفادين من العقل و الكتاب و السنه(۱)و الإجماع.

خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من أنه إذا غير الغاصب المغصوب تغييرا أزال به الاسم و المنفعه المقصوده منه- كما إذا قطع الثوب أو طحن الحنطه مثلا- ملكه و ضمن قيمته للمالك، بل عنه لو دخل لص دار رجل مثلا فوجد بغلا و طعاما و رحى فضمد(۲)البغل و طحن الطعام ملك الدقيق،

فان انتبه صاحب الدار بعد ذلك كان للص قتاله عن دقيقه، فان أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص.

و هو كما ترى مناف لقاعده بقاء الملك، بل و للمعلوم من الشرع، و الله العالم.

و لو كان العيب غير مستقر بل هو سار لا يزال يزداد الى الهلاك كعفن الحنطه قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه: الأقوى أنه يضمن قيمه المغصوب لأنه بشرفه على التلف صار كالمستهلك، فيضمن الغاصب حينئذ مثله أو قيمته، بل مقتضى ذلك بناء على ما قدمناه كون المغصوب ملكا للغاصب، و عن التذكره أنه أظهر قولى الشافعيه.

لكن قال المصنف و لو قيل برد العين مع أرش العيب الحاصل ثم كلما ازداد دفع أرش الزياده حتى يهلك كان حسنا و إن فعل ذلك المالك عنادا، لعدم كونه تالفا حقيقه، بل جزم به كل

۱- ۱ راجع ص ۳۳.

۲- ۲ هكذا فى النسخه الأصليه المبيضه، و المسوده المخطوطه بقلمه الشريف غير مقروه، و من المحتمل« فحمل».

من تأخر عنه.

نعم فی قواعد الفاضل ذلک علی إشکال ینشأ من حصول البراءه بدفع العین و أرش النقص، فیجوز أن یعانده المالک بعدم التصرف فیه إلی أن یتلف، و من استناد النقص إلی السبب الموجود فی ید الغاصب.

و لا یخفی ما فی الوجه الأول، ضروره عدم اقتضاء دفع أرش الحاصل کونه کمال الحق الواجب، لعدم حدوث تلف شی ء یکون مضمونا بعد، فإذا حدث ضمنه، لأنه مستند إلی جنایته، و معانده المالک بالطریق الشرعی الذی هو تسلط الإنسان علی ماله لا تقتضی سقوط أرش الجنایه المضمونه.

و فی جامع المقاصد تقیید الحکم المزبور بما إذا لم یتمکن المالک من العلاج بسهوله، و إلا ففیه تردد، و تبعه فی المسالک، قال: «هذا إذا لم یمکن إصلاحه، و إلا سقط أرش ما زاد علی ذلک، لاستناد الفائت إلی تقصیر المالک، کما لو جرحه فترک علاج الجرح مع قدرته علیه، فإنه لا یکون مضمونا».

قلت: یمکن منع عدم الضمان فی الجرح، بل نفی الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترک المداواه حتی مات، قال: «لأن السرایه مع ترک المداواه من الجرح المضمون علی الجارح» نعم لو فصده الفصاد مداواه لمرضه بأمر الطبیب فترک شده أو ترک کل منهما شده حتی نزف الدم فمات فخیره الکتاب و التحریر و الإرشاد و التلخیص أنه لا ضمان علی الفصاد، و استشکل فیه الفاضل فی القصاص من استناد الموت إلی سرایه الجرح، فهو کغیره من الجراحات التی یهمل المجروح مداواتها، و علی کل حال فما نحن فیه من الأول.

لکن قد یقال: إن الأرش الذی دفعه الغاصب إنما هو أرش عیب

سار، على معنى تقويم الحنطه صحيحه بكذا و معيبه بالعيب المزبور بكذا، فهو كمال حق المالك، فلا وجه لضمان ما تجدد بعده، إذ هو حينئذ كرجوع المشترى على البائع بمثل العيب المزبور لو فرض سبقه أو حدوثه فى الثلاثه على وجه يكون ضمانه على البائع، و دعوى التزام ذلك فيه أيضا واضحه المنع، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو كان المغصوب باقيا بحاله رده، و لا يضمن تفاوت القيمه السوقيه بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل فى المسالك نسبته إلى أكثر أهل العلم، لأن الفائت رغبات الناس، لا شى ء من المغصوب.

خلافا لشذاذ من العامه. و خصوصا إذا فات القيمه ثم عادت إلى ما كانت وقت الغصب، نعم لو كان التفاوت بسبب نقصان فى العين ضمن ذلك، كما ستعرف الكلام فيه و فى غيره، و الله العالم.

و كيف كان فان تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثليا بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، بل هو من قطعيات الفقه، كما يومئ إليه أخذه مسلما فى سائر أبوابه، و فى جامع المقاصد الإجماع عليه، بل فى غايه المراد أطبق الأصحاب على ضمان المثلى بمثله إلا ما يظهر من ابن الجنيد، فإنه قال: «إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضى صاحبه» و لعله يريد القيمى، و المراد من ضمانه بمثله عدم تسلط المالك على إلزامه بالقيمه لو أرادها، كما أنه لا تسلط للغاصب على إلزام المالك بقبول القيمه لو بذلها.

لكن لم نعثر فى شى ء مما وصلنا من الأدله عدا معقد الإجماع و الفتاوى على المثلى و القيمى عنوانا كى يرجع فيهما كغيرهما إلى العرف بعد انتفاء الشرع.

نعم قال الله تعالى شأنه(۱)«فَمَنِ اعْتَدی عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَيْكُمْ» و «جَزاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُها»(۲)و «إِنْ عاقَبْتُمْ فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ»(۳)إلى غير ذلك مما ورد فى المقاصه التى مقتضاها ضمان الشى ء بمثله العرفى لا الاصطلاحى.

نعم خرج الحيوان، لما فى صحيح أبى ولاد(۴)من ضمان قيمه البغل و غيره مما ورد فيه القيمه(۵)بناء على إراده الإلزام بها على وجه لا يجزئ غيرها من الخبر المزبور، فيتجه حينئذ احتمال كون الأصل الضمان بالمثل العرفى إلا ما خرج بالدليل.

و لعله لذا ذهب المصنف فيما تقدم من كتاب القرض(۶)الى ضمان القيمى بمثله، لإطلاق ما دل على قرض الشى ء بمثله الصادق بالمثل العرفى، و قد تقدم الكلام فيه فى محله.

و على كل حال فالآيات المزبوره لا دلاله فى شى ء منها على المثلى المصطلح الذى ستسمع ما ذكروا له من التعاريف المتعدده.

بل قيل: إن المراد بالآيه إن كان بيان التشبيه الخاص بمعنى عدم التجاوز فى مقدار الاعتداء عما اعتدى به فهو حينئذ أجنبى عن المثلى المصطلح، ضروره كون المراد حينئذ التساوى فى مقدار الاعتداء فى القتل و الجرح و أخذ المال من دون ملاحظه المثل أو القيمه، بل ليس فيها

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۹۴.

۲- ۲ سوره الشورى: ۴۲- الآيه ۴۰.

۳- ۳ سوره النحل: ۱۶- الآيه ۱۲۶.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الغصب- الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- من كتاب النكاح.

۶- ۶ راجع ج ۲۵ ص ۲۰.

حینئـذ إلا حکم واحـد، و هو الرخصه فی الاعتـداء بمقـدار اعتداء المعتدی، و أن لا یتجاوز عنه، و المراد بالمقدار هو أن یحکم أهل العرف بأنهما سیان فی المنفعه و الفائده، و یرضی العقلاء بتملک کل منهما مقام الآخر من غیر فرق بین المثل و القیمه.

و إن کان المراد التشبیه المطلق، یعنی یجوز لکم الاعتداء علی نحو یماثل اعتداء المعتدی فی الاعتداء و المعتدی به فهذا إطلاق ینصرف الی العموم فی کلام الحکیم، و حینئـذ فهو یشـتمل علی حکمین: الأول الرخصه فی الاعتـداء، و الثـانی أن ذلک علی سبیل المثلیه فی کل شی ء، و هو یشمل المثلی و القیمی أیضا، ففی کل منهما یجب اعتبار المماثله فی الاعتداء و المعتدی به فی کل شـی ء إلا مع التعـذر و هو یناسب مذهب ابن الجنید بلزوم المثل فی القیمی أیضا إلا مع التعذر، فلا تدل الآیه علی التفصـیل المزبور.

فالمنـاص بـأن یبنی تفسـیر الآـیه علی الوجه الثـانی، و یخص عمومه بـدلیل خارجی مثل صـحیح أبی ولاد(۱)أو یقـال: إن حکم القیمی لیس داخلا فی الآیه أو یعترف بمـذهب ابن الجنیـد، فیندرج مسأله الرجوع الی المثل فی المثلی تحت عموم الآیه، لا لأن لفظ المثل فیهما (فیها ل ظ) بمعنی المثلی المصطلح، بل لأن

المماثل المصطلح من أفراد المماثله المعتبره فی الآیه بالمعنی و یخرج القیمی بالصحیحه المزبوره.

إلی آخر ما ذکره القائل المزبور، فإنه و إن کان کلامه لا یخلو من غشاوه و قبح تأدیه و خلل فی النقل عن ابن الجنید الظاهر فی ضمـان مطلق المغصوب بقیمته، و توقف الاـجتزاء بالمثـل علی رضـا المالک، بناء علی رجوع القیـد فی کلامه إلی الأخیر، و إن کان راجعا إلیهما کان مراده کون التخییر حینئذ بید المالک بین المثل و القیمه مطلقا، کما هو المعروف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الغصب- الحدیث ۱.

فی النقـل عنه، لکنه راجع إلی مـا ذکرنـاه من عـدم دلاـله الآـیه علی اعتبـار المثلی المصـطلح، بل إن کان و لا بـد فیکفی المثل العرفی.

و لعله لـذا قال المقـدس الأردبیلی بعد أن أشـکل ما ذکره من تعاریف المثلی ما حاصـله من أن تحقیقه مشـکل جدا، و هو مبنی أحکام کثیره و الذی تقتضیه القواعد أنه لفظ علیه أحکام بالإجماع و الکتاب و السنه و لیس له تفسیر فی الشرع، و ما ذکر مجرد اصـطلاح، فیمکن أن یحـال الی العرف، و هو کـل ما یقال إن لهـذا مثلا عرفا یؤخـذ به، فان تعـذر أو لم یکن أصـلا فالقیمه، بل ینبغی ملاـحظه مثـل المتلف، فلاـ یجزئ مطلق الحنطه عن الصـنف الخـاص المتلف، بـل لا فرق بینها و بین الثوب بل و الفرس و غیرهما إذا کان لهما أمثال عرفیه.

قلت: لکن ذلـک کله کمـا تری مخـالف للإجمـاع بقسـمیه، بـل و لما هو کضـروری الفقه بین العامه و الخاصه، فیمکن أن یقال بملاـحظه ذلـک و ملاـحظه الأـمر بـالقیمه فی الحیوانات و المنافع(۱)و السـفره المتلقطـه فی الطریـق و کـان فیهـا بیض و لحـم و غیرهما(۲)و غیر ذلـک مما ورد فیه الأمر(۳)بـالقیمه و له أمثـال عرفیه: إنه لاـ یراد المثـل العرفی، بل هو شـی ء فوق ذلـک، و هو المماثله فی غالب ما له مدخلیه فی مالیه الشـی ء لا المماثله من کل وجه المتعذره، و لا مطلق المثل العرفی الذی یطلق مع وجود جهه الشبه فی الجمله، و هذا لا یکون إلا فی الأشیاء المتساویه المتقاربه فی الصفات و المنافع و المعلوم ظاهرها و باطنها.

و من هنا کان الحیوان قیمیا باعتبار أنه و إن وجد له مثل عرفا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸۸- من أبواب نکاح العبید و الإماء- من کتاب النکاح.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۳- من کتاب اللقطه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الغصب- الحدیث ۱.

و لكن لم يعلم باطنه المختلف أشد اختلاف، و كذا الثوب بل و الأرض التى فيها قطع متجاورات و المنافع المختلفه كل الاختلاف باعتبار الاستيفاء، و فرض وجود المثل المنطبق على المعنى المصطلح فى بعض الأفراد لا يوافق اطراد قواعد الشرع، فلذا كان المدار على النوع بل الصنف.

[تعريف المثلى و تعيين المراد منه]

و بذلك يتضح لك المراد فى تعريف المشهور كما فى المسالك و غيرها للمثلى بأنه هو ما يتساوى قيمه أجزائه و زاد بعضهم التمثيل بالحنطه و الشعير و غيرهما من الحبوب و الأدهان و ما أشبه ذلك.

و لعل المراد تساوى قيمه أجزاء الصنف من النوع منه، بل الأشخاص من الصنف، بل على أن يكون ذلك التساوى من حيث الذات لا الاتفاق، و حينئذ فالمن من شخص الحنطه الخاصه مثلا و الدهن الخاص مثلا قيمه أجزائه متساويه، ضروره كون الرطل بدرهم مع فرض كون المن بدرهمين و هكذا.

و لا يرد النقض بالثوب أو الأرض الذى يمكن دفعه بعدم غلبه ذلك فيهما، و فرض بعض الأفراد كذلك لا يناسب اطراد قواعد الشرع.

بل مما ذكرنا يعلم اندفاع ما أورد فى مجمع البرهان بأنه إن أريد التساوى بالكليه فالظاهر عدم صدقه على شى ء من المعرف، إذ ما من شى ء إلا و أجزاؤه مختلفه فى القيمه فى الجمله، مثل الحنطه و الشعير و جميع ما قيل إنه مثلى، فإن قفيزا من حنطه يساوى عشره و آخر يساوى عشرين، و إن أريد التساوى فى الجمله فهو فى القيمى أيضا موجود، مثل الأرض و الثوب و نحوهما، و إن أريد مقدارا خاصا فهو حواله على مجهول.

قلت: قد عرفت أن المراد المساواه فى غالب ما له مدخليه فى الماليه، و تفاوت أفراد الحنطه و إن كان معلوما إلا أنك قد عرفت المساواه فى أشخاص الأصناف، و لا يكفى الاتحاد فى اسم النوع المنافى لقاعده لا ضرر

و لا ضرار و لغيرها.

و لعله أشار إلى ما ذكرنا الشهيد فى الدروس بتعريفه المثلى بأنه المتساوى الأجزاء و المنفعه المتقارب الصفات، بل هو فى الحقيقه كشف لتعريف المشهور، لا أنه تعريف آخر و إن توهمه غير واحد.

بل لعله المراد من تعريفه له فى غايه المراد أيضا بأنه ما تتساوى أجزاؤه فى الحقيقه النوعيه، على معنى إراده التساوى المزبور، لا أن المراد به الاتحاد فى اسم القليل و الكثير منه كالماء و الحنطه كى يرد عليه الانتقاض بالأرض.

و إليه يرجع ما فى التذكره عن بعض من أنه ما لا يختلف أجزاء النوع الواحد منه فى القيمه، و ربما يقال فى الجرم و القيمه، و يقرب منه قول من قال: إنه الذى يتشاكل فى الخلقه و معظم المنافع، أو ما تتساوى أجزاؤه فى المنفعه و القيمه، و زاد بعض من حيث الذات لا من حيث الصفه.

بل لعله المراد أيضا من تعريفه بالمقدر بالكيل و الوزن على معنى غلبه التساوى فى أجزائها على الوجه المزبور فى كثير من أفرادها المتعارفه، فلا يرد النقض بالمعجونات.

و من هنا زيد فيه اشتراط جواز السلم فيه أو اشتراط جواز بيع بعضها ببعض بتشابه الأصلين فى قضيه التقابل.

فلا يرد ما فى المسالك من أنه اعترض على العبارات الثلاثه بأن القماقم (و المغارف خ) و الملاعق المتخذه من الصفر موزونه، و يجوز السلم فيها، و بيع بعضها ببعض و ليست مثليه، مضافا إلى ما أورد هو عليه بمنع جواز السلم فيها، لاختلافها و عسر ضبطها. و إلى ما ذكرناه سابقا من أن المراد التساوى ذاتا لا اتفاقا بصنع صانع و نحوه.

بـل يرد عليه مـا قيـل من اقتضائه كون الشـى ء مثليا فى بلـد قيميا فى آخر، لمكان اختلافهما فى الكيل و الوزن و عـدمهما إذ قد عرفت أن المراد بذا المتعارف فى الغالب باعتبار كشفه عن تساوى أجزائه، لا أن المراد مثليته من حيث الكيل و الوزن المختلفين باختلاف البلدان.

و بـالجمله فالمراد من التعاريف واحـد، و هو التساوى الـذاتى فى غالب ما له مـدخليه فى الرغبه و القيمه، و أن يكون ذلك غالبا فى أفراد الأصناف لا اتفاقا.

بل لعله المراد أيضا مما فى الإرشاد و شـرحه الإسـعاد لبعض الشافعيه من تعريفه بأنه ما أمكن ضـبطه بكيل أو وزن و جاز السـلم فيه.

بـل لعله المراد أيضـا ممـا حكـاه فى الريـاض عن خـاله فى دفـع مـا سـمعته من المقـدس الأـردبيلى من أنه لعـل المراد التقـارب المتعارف المعتـد به عنـد أهل العرف، أى ما يكون متساوى الأجزاء عرفا يكون مثليا، و غير المتساوى كذلك غير مثلى، و أيضـا المثلى مـا تعـارف تحقق المثل له بحيث يساويه و يماثله فى الطبيعه و المميز النوعى و الصـنفى، و هو أقرب إليه من كل جنس و إن كان مثل الدرهم و الدينار.

بـل يعلم ممـا ذكرنـا أيضـا أنه لاـ وقع لما اعتـذر به الكركى عن التعريف المزبور بأن الظاهر منه إراده ضـبط المثلى بحيث يتميز فضـل تميز، لا التعريف الحقيقى، أو يكون التمثيل بالحنطه و الشـعير و غيرهما من الحبوب و الأدهان داخلا فى التعريف، فيكون انكشافه بهذه الأمثله، ضروره أنك قد عرفت كون المراد بالتعريف المزبور ما لا يحتاج معه إلى الاعتذار المذكور.

و من الغريب ما فى المسالك من أنه اعترض عليه بأنه إن أريد بالأجزاء كل ما تركب عنه الشى ء لزم أن لا تكون الحبوب مثليه، لأنها تركب من القشور و الألباب، و القشر و اللب مختلفان فى القيمه،

و کـذلک التمر و الزبیب، لما فیهما من العجم و النوی، و إن أریـد الأجزاء التی یقع علیها اسم الجمله لزم أن لا تکون الدراهم و الدنانیر مثلیه، لما یقع فی الصـحاح من الاختلاف فی الوزن و الاستداره و الاعوجاج و وضوح السکه و خفائها، و ذلک مما یؤثر فی القیمه.

بل مما ذکرناه یظهر لک المناقشه فیما فی الریاض و غیره من أنه «لا یذهب علیک عدم ظهور حجه لهذه التعاریف عدا العرف و اللغه، و همـا بعـد تسـلیم دلالتهمـا علی تعیین معنی المثـل المطلق و ترجیحهمـا أحـد الآـراء لا دلاله لهما علیه، إذ هی فرع تعلیق الحکم بلفـظ المثل فی دلیل، و لیس بموجود عـدا قوله تعالی(۱)«فَمَنِ اعْتَـدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَـدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ» و فیه نظر، لاحتمال کون المراد بالمثل فیه أصل الاعتداء لا مثل المعتدی فیه الذی هو ما نحن فیه، فتأمل».

إذ قد عرفت أن المراد به ذلک و لو بمعونه ما سمعت من النص و الفتوی.

ثم قال: «هـذا مع أنه لم یظهر حجه علی أصل اعتبار المثل فی المثلی و القیمه فی القیمی عدا الإجماع و الاعتبار، و لیس فیهما ما یرجح أحد التعریفات، فلیرجع فی خصوص الأفراد إلی ما أجمع علی کونه مثلیا أو قیمیا،

و لا إشکال فیما ظهر فیه، و یشکل الأمر فیما عداه، و ینبغی الاحتیاط فی مثله بالرجوع إلی الصلح و التراضی إن أمکن، و إلا فلا یبعـد ترجیـح مختـار الأکثر، لرجحانه بالشـهره، و لولاها لکان العمل بالتخییر بین الآراء متجها، کما هو الحال فی ترجیـح الأقوال المختلفه التی لاـ مرجـح لأحـدها علی الآخر من الأدله، و ربما یرجـح مختار الأکثر علی أکثر ما عـداه أیضا بسـلامته عن النقض الذی یورد علیه من شموله

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۹۴.

للثوب، لأن قیمه أجزائه متساویه مع أنه قیمی، و ذلک فإنه یمکن أن یقال: إن الثوب لیس بمتساوی الأجزاء، فان ذراعا منه قد یسوی عثمانیا و الآخر شاهیات، بل ربما لا یکون له قیمه أصلا» بل من التأمل فیما ذکرنا یظهر لک أنه من غرائب الکلام.

علی أنه یمکن أن یقال بل قیل: إن الظاهر من الآیه(۱)رخصه المالک بأخذ المثل بالمماثله العامه إرفاقا بالمالک، فلا یجوز للغاصب التجاوز عنه مع تقاضیه ذلک، لا أنه لا یجوز للمالک مطالبه الغاصب بالقیمه، فإن الظاهر أن

التالف فی حکم المثمن، و العوض فی حکم الثمن، و التخییر بید البائع فی التعیین، فیجوز للمالک مطالبته بالقیمه، و لا یرضی إلا بذلک فی عوض ماله، و لا یمکن التمسک بأصاله براءه الغاصب عن لزوم القیمه، لاستصحاب شغل الذمه الموقوف براءتها بأداء حق المالک و إرضائه، لکونه مطلوبا.

بل ربما یقال: إن النقدین هما الأصل فی الأعواض فی الغرامات و غیرها، کما یشعر به بعض النصوص التی تقدمت فی کتاب الزکاه(۲)علی ما یخطر فی البال، و لعله الیه نظر الإسکافی فی إطلاقه ضمان القیمه و تعلیق المثل علی التراضی.

و علی کل حال فقد ظهر لک من جمیع ما ذکرنا أن المثلی المصطلح هو الذی یمکن لعقلاء العرف الحکم بمثل له مساو فیما له مدخلیه فی مالیته فی غالب صنفه، و ما لیس کذلک فهو قیمی، و لو لأن المغصوب مثلی معیب و لم یکن فی غالب صنفه معیب کذلک، فیکون الحاصل أن

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۹۴.

۲- ۲ الظاهر أن نظره قده إلی موثقه إسحاق بن عمار التی ذکرها فی ج ۱۵ ص ۲۰۴ و رواها فی الوسائل- الباب- ۱- من أبواب زکاه الذهب و الفضه- الحدیث ۷.

المراد بالمثلی فی کلامهم هو الذی له مثل بمعنی أنه مساو له فی جمیع ما له مدخلیه فی مالیته من صفاته الذاتیه لا العرضیه کالمکان و الزمان علی وجه یکون غالبا فی صنفه، و ما عداه قیمی، فتأمل فإنه جید.

و أما وجه تعیین الغرامه به مع فرض تحققه فللإجماع و الاعتبار و غیرهما، و الله العالم.

[تعیین القیمه]

فإن تعذر المثل المزبور بعد أن کان موجودا حین تلف المغصوب کما فی التذکره و المسالک و غیرهما ضمن قیمته أی المثل بلا خلاف أجده فیه، بل قیل: إنه إجماعی، لنفی الضرر و قبح التکلیف بما لا یطاق، و الإضرار بتأخیر الحق، فتعینت القیمه المزبوره جمعا بین الحقین.

لکن قد یناقش إن لم یکن إجماعا بأن ذلک لا یقتضی وجوب القبول علی المالک لو دفع الغاصب، فان له التأخیر الی حال التمکن من المثل.

اللهم إلا أن یکون ذلک ضررا علی من علیه الحق و لو باعتبار بقاء ذمته مشغوله بناء علی أن مثله ضرر منفی أیضا، و فیه تأمل.

أو یقال: إنه مقتضی

قوله (علیه السلام)(۱): «المغصوب مردود»

بناء علی إراده ما یشمل رد المثل أو القیمه من الرد فیه، فیکون ذلک تکلیفا للغاصب، فیجب القبول علی من له الحق مع دفع الحق.

هذا و قد یظهر من بعض عبارات التذکره و الإیضاح عدم وجوب القبول علیه و أن له التأخیر إلی وجدان المثل، فیملک المطالبه، و حینئذ یرتفع الاشکال من أصله.

و علی کل حال فالمراد قیمته یوم الإقباض أی حینه لا یوم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۴ من کتاب الخمس و فیه «الغصب کله مردود».

الإعواز و لا أقصى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف، و لا أقصى قيمته من وقت تلف المغصوب إلى الإعواز، و لا أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت الإعواز، و لا أقصاها من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمه، و لا أقصاها من وقت انقطاعه و إعوازه إلى وقت المطالبه، و لا أقصاها من وقت تلف المغصوب الى وقت المطالبه، و لا قيمته يوم التلف، و لا قيمته يوم المطالبه، و لا أنه إن كان منقطعا فی

جميع البلاد فالاعتبار بقيمته يوم الإعواز و إن كان فی تلك البقعه فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمه، بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک بيننا، و إنما بعضها وجوه و بعضها أقوال للعامه.

نعم فی الإيضاح أن الأصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمه، و لم نعرفه لغيره، بل هو مبنی على وجوب ضمان أعلى القيم فی المغصوب، و ستعرف ضعفه.

كما أن بعض الوجوه مبنيه على ضمان المغصوب مع تجدد تعذر المثل بقيمته لا قيمه المثل.

و قيل: إنهم اختلفوا فی باب القرض فی وقت وجوب قيمه المثل فی المثلی إذا تعذر على أقوال، فبعض على أنها تجب قيمه يوم المطالبه، و بعض وقت القرض، و بعض وقت التعذر، و لا فرق ظاهر بين المقامين، بل عن ابن إدريس التصريح بأن الحكم فيهما سواء.

و فيه منع تحقق خلاف معتد به، و على تقديره فلا ريب فی ضعفه، ضروره كونه بعد ثبوت المثل فی الذمه فی القرض و الغصب يستصحب بقاؤه إلى حين أدائه، و تجدد تعذره لا يرفع الحكم الوضعی الذی هو ملكيه المثل عليه، و لذا يجب عليه أداؤه مع فرض تجدد التمكن منه، فهو إلى حين الإقباض ليس له فی ذمته إلا المثل الذی تؤدی القيمه بدلا عنه

بطلب من المالک أو اختیار من الغاصب علی الوجهین السابقین فتبرأ الذمه حینئذ علی وجه لو تمکن من المثل بعد ذلک لم یجب علیه دفعه بلا خلاف أجده فیه بیننا.

و بذلک یفرق بینه و بین المالک و ملکه، فان المقام شبه أداء الدین بغیر جنسه مع التراضی أو قلنا بأن ولایه ذلک بید الغاصب، بخلاف ما یؤدی للحیلوله، فإنه لیس بدلا عن العین بنفسها، بل هو بدل عن حیلولتها.

و علی کل حال فالغرض أن أداء قیمه المثل عند تعذر المثل لیس لثبوتها فی الذمه، بل الثابت فی الذمه المثل، و القیمه أداء عنه، فلا- نعتبر إلا- قیمته حین القبض. نعم لو قلنا بالتعذر تثبت فی الذمه القیمه اتجه اعتبارها عنده، لا- وقت الإقباض، لکونه حینئذ کتلف القیمی بناء علی ذلک فیه، لکن لا دلیل علیه، بل مقتضی استصحاب بقاء المثل فی ذمته خلافه، و الإعواز لا یرفع الحکم الوضعی کما ذکرناه.

و من هنا مضافا إلی ما ستعرف من عدم ضمان أعلی القیم فی المغصوب یظهر لک ضعف الوجوه المزبوره، بل و غیرها من الوجوه المحتمله فی المقام غیر العشره المذکوره فی کلام العامه.

هذا و فی التذکره «و المراد بالفقدان أن لا یوجد فی ذلک البلد و ما حوالیه» و زاد فی المسالک «مما ینقل منه إلیه عاده، کما بین فی انقطاع المسلم فیه» و نحوه عن الکفایه، و مرجعه إلی ما عن جامع المقاصد من أن المرجع فیه إلی العرف.

و فیه أنه لیس فی شی ء من الأدله العنوان بذلک حتی یرجع إلیه، بل مقتضی تکلیف الغاصب بالأشق لزوم تحصیل المثل و لو من البلاد؟ لنائیه التی لا ینقل منها عاده إن لم یستلزم التکلیف بالمحال.

و لعله لذا قال فی التحریر و غیره: «لو وجد المثل بأکثر من ثمن المثل فالوجه وجوب الشراء».

و فیه أنه مناف لما دل علی نفی الضرار(۱)و الحرج فی الدین(۲)و الخروج عنه فی خصوص رد العین المغصوبه لا یقتضی الخروج عنه فی مثلها، فالمتجه جعل المدار علی ذلک، و الله العالم.

و کیف کان فقد ظهر لک مما ذکرنا أنه لو أعوز فحکم الحاکم بالقیمه و لم یدفعها المحکوم علیه برضا من خصمه أو عدمه ف اتفق أنها زادت أو نقصت بعد الحکم المزبور لم یلزم ما حکم به الحاکم، و حکم بالقیمه وقت تسلیمها ضروره عدم اقتضاء الحکم المزبور تعینها، و إنما هو بیان قدر الاستحقاق فی ذلک الوقت لو دفع، و ذلک ل ما عرفت من أن الثابت فی الذمه لیس إلا المثل و انما تدفع القیمه بدلا عنه، فیکون المدار حینئذ علی حین القبض، کما هو واضح بعد الإحاطه بما ذکرناه.

هذا و لا یخفی علیک اقتضاء التقیید بما سمعت فی أصل المسأله أنه لو لم یکن المثل موجودا وقت التلف تجب قیمه التالف، بل هو الذی استظهره فی جامع المقاصد، لصیرورته بفقد المثل قیمیا حین التلف.

و قد یناقش بعدم المنافاه بین ثبوته فی الذمه و بین تعذر أدائه فی ذلک الوقت، و دعوی صیرورته قیمیا واضحه المنع، إذ المثلی لا یتعین کونه کذلک بتعذر المثل، و إلا لزم عدم وجوب دفعه لو تمکن منه بعد ذلک قبل الأداء، لثبوت القیمه حینئذ فی الذمه، و لا أظن أن القائل المزبور یلتزمه، لوضوح ضعفه، فالمتجه ثبوت المثل فی ذمته علی کل حال،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من کتاب إحیاء الموات.

۲- ۲ سوره الحج: ۲۲- الآیه ۷۸.

و تعذر أدائه حال التلف لا يقتضی عدم ثبوته فی الذمه، فإن عدم التمکن من وفاء الذین لا یقتضی عدم ثبوته فی الذمه، و حینئذ لم یکن للتقیید المزبور فائده.

و لعله لذا ترکه المصنف، بل قیل و المبسوط و التحریر و الإرشاد و الدروس، بل فی الأخیر ما هو کالصریح فی ذلک، قال: «فان تلف فعلیه ضمان المثل، فان تعذر فقیمته یوم الإقباض، سواء تراخی بتسلیم المثل عن تلف العین أم لا» و الله العالم.

و لو أتلف الغاصب مثلیا و ظفر به المالک فی غیر مکان الإتلاف فعن ابن إدریس أن له إلزامه به فی ذلک المکان و إن کان هو أعلی قیمه من مکان الغصب و کان حمله یحتاج إلی مئونه، قال: «لأنه الذی یقتضیه عدل الإسلام و الأدله و أصول المذهب» و وافقه الفاضل و ولده و الشهید و الکرکی لأن وجوب رد المظلمه فوری، و لا تراعی مصلحه من حقه أن یؤخذ بأشق الأحوال.

لکن عن المبسوط ما حاصله علی طوله أنه إذا اختلفت القیمه فللمالک قیمته فی بلد الغصب أو یصبر حتی یصل إلیه لیستوفی ذلک للضرر المنفی، قیل: و هو المحکی عن القاضی و الشافعی.

و نوقش بمنافاته لفوریه الحق، و بأن تأخیر الأداء و رد المظلمه ضرر علی المالک، و الضرر لا یزال بالضرر، بل قیل: إذا تعارض الضرران فالترجیح لنفی ضرر المالک، إذ الضرر المنفی إنما هو من شرع الحکم، و الغاصب هنا أدخله علی نفسه، مضافا إلی أنه یؤخذ بأشق الأحوال، و إلی إطلاق ما دل علی وجوب رد المظلمه(۱)و علی تسلط المظلوم علی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۸- من أبواب جهاد النفس- من کتاب الجهاد.

استیفائها متی تمکن منها(۱)و الفرض أن الثابت فی ذمته المثل، و دعوی اعتبار المکان فی مثلیته واضحه المنع لغه و شرعا و عرفا.

نعم یتجه بناء علی ذلک أنه لیس للمالک الامتناع لو بذله الظالم فی غیر بلد الظلم و إن اقتضی ضررا علی المالک لقله القیمه مثلا، و إن تردد فیه فی جامع المقاصد و لم یرجح.

بل قد ینقدح من ذلک أن علی الغاصب ضمان المثل و إن خرج بالزمان أو المکان عن التقویم، کما لو أتلف علیه ماء فی مفازه ثم اجتمعا علی نهر، أو أتلف علیه جمدا فی الصیف ثم اجتمعا فی الشتاء، و إن ذکر فیه فی القواعد احتمالین، ثانیهما أن علیه قیمه المثل فی تلک المفازه أو الصیف من دون ترجیح، بل فی الدروس قوه الاحتمال الثانی، بل لعله خیره الفخر، بل هو خیره الفاضل فی التذکره، بل فی جامع المقاصد نسبته إلی اختیار الأصحاب و غیره و أنه لا محید عنه، و إن کنا لم نعثر علی من تعرض له بالخصوص غیر من عرفت.

لکن قد عرفت أن الثابت فی ذمته المثل، کما هو مقتضی إطلاق الفتاوی و معقد الإجماع، و المکان و الزمان لا مدخلیه له فی حقیقه المثلیه، و قاعده الضرار مشترکه بینه و بین المالک، و أخذه بأشق الأحوال إنما هو فی رد العین المغصوبه لا المثل، و لذا صرح فی جامع المقاصد بل لعله ظاهر غیره أیضا بعدم ضمانه غیر المثل لو بقی له قیمه فی الجمله فی غیر المکان المزبور، و إنما ذاک حیث لا یکون له قیمه.

علی أن المتجه بناء علی ذلک ضمانه المثل فی أقرب الأماکن و الأزمنه إلی النهر و الشتاء، لا قیمته فی ذلک المکان و الزمان.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۹- من أبواب فعل المعروف- من کتاب الأمر بالمعروف و البحار ج ۷۵ ص ۱۷.

و دعوى أنه لما كان مثله فى الشط لا قيمه له فالعدول إلى قيمه مثله الآخر غير معقول، فتعين الرجوع إلى قيمه عين المغصوب فى مكانه أو زمانه، خاليه عن الدليل، بل ظاهر الدليل خلافها، ضروره اشتغال الذمه بالمثل حال التلف و إن اختلف باختلاف الأمكنه و الأزمنه فى القيمه، و لا دليل على عود اشتغال الذمه بالقيمه، بل مقتضى الأصل خلافه، و الله العالم.

هذا كله فى المثلى.

و إن لم يكن المغصوب المتلف مثليا بل كان قيميا كالحيوان و نحوه مما لم يكن لعقلاء العرف طريق للحكم بالمساواه فيما له مدخليه فى ماليته من صفاته الذاتيه فى الصنف ضمن قيمته بلا خلاف معتد به فى ذلك هنا، نعم تقدم للمصنف فى كتاب القرض(۱)ضمان القيمى بمثله، و قد سمعت الكلام فيه هناك.

كما أنك سمعت الكلام فى المحكى عن ابن الجنيد المحتمل لإراده ما لا ينافى المشهور منه، و على تقديره فلا ريب فى ضعفه، لظهور صحيح أبى ولاد(۲)و غيره مما

دل على ضمان الحيوان(۳)عبد أو غيره فى كون اللازم القيمه، و منه نصوص عتق الشريك(۴)المقتضى للسرايه المأمور فيها بالتقويم، فليس للمتلف دفع المثل العرفى إلا مع رضا المالك، كما أنه ليس للمالك اقتراحه عليه.

و ما فى

بعض أخبار العامه- عن عائشه(۵)قالت: «صنعت حفصه

۱- ۱ ج ۲۵ ص ۲۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الغصب- الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب موجبات الضمان- الحديث ۲ من كتاب الديات.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۸- من كتاب العتق.

۵- ۵ سنن أبى داود ج ۲ ص ۲۶۷- ط مصر عام ۱۳۷۱ و فيه« صفيه» بدل« حفصه».

طعاما فبعثت به إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فأخذنى الأفكل فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله ما كفاره ما صنعت؟ فقال:

إناء مثل الإناء و طعام مثل الطعام»

و عن أنس(۱)«أن امرأه كسرت قصعه أخرى فدفع النبى (صلى الله عليه و آله) قصعه الكاسره إلى صاحبه المكسوره، و حبس المكسوره فى بيته»

- ليس حجه عندنا مع إمكان حمل الأخير منهما على علم النبى (صلى الله عليه و آله) بحصول الرضا منهما بذلك، بل و إمكان حمله و الأول على تحقق المثليه فيهما، و غير ذلك.

نعم للأصحاب خلاف فى تعيين القيمه، فعن المقنعه و المراسم و موضع من المبسوط و النهايه و فى النافع و كشف الرموز أنها يوم غصبه و كأنه مال إليه فى الإرشاد، بل فى التحرير هو اختيار الأكثر لأنه أول وقت دخول العين فى ضمان الغاصب، و الضمان انما هو القيمه، فيضمن بالغصب حاله ابتدائه.

و فيه أن الحكم بضمان العين بمعنى أنه لو تلفت وجب القيمه بدلها، لا ـ وجوب قيمتها حينئذ، فان الواجب ما دامت العين باقيه ردها، و لا ينتقل إلى القيمه إلا مع التلف، فلا يلزم من الحكم بضمانها على هذا الوجه اعتبار ذلك الوقت.

نعم قد يستدل له بما فى

صحيح أبى ولاد(۲)المتضمن غصب البغل بمخالفته لما وقع بينه و بين صاحبه «أ رأيت لو عطب البغل أو أنفق أ ليس كان يلزمنى؟ فقال الصادق (عليه السلام): نعم قيمه بغل يوم خالفته».

و فيه احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقول: «نعم»

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۹۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الغصب- الحديث ۱.

فیکون المراد یلزمک یوم المخالفه قیمه البغل لو عطب، بمعنی أنها تتعلق بک ذلک الیوم، و حینئذ فحد القیمه غیر مبین فیه، فلا ینافی ما دل علی القیمه یوم التلف الذی ستعرف أنه الأصح.

و دعوی أن الأول أظهر ممنوعه، بل قیل: إن ما ذکرناه أظهر بشهاده قوله فیه بعد ذلک: «فإن أصاب البغل کسر أو دبر أو عقر، قال (علیه السلام): علیک قیمته ما بین وقت الصحه و العیب یوم ترده علیه، قلت: فمن یعرف ذلک؟ قال: أنت و هو، إما أن یحلف علی القیمه فیلزمک، و إن رد الیمین علیک فحلفت علی القیمه لزمک ذلک، أو یأتی صاحب البغل بشهود یشهدون أن قیمه البغل حین اکتری کذا و کذا فیلزمک». الظاهر فی اعتبار القیمه یوم الرد لا الغصب.

و إن کان فیه (أولا) أن الموجود فیما حضرنی من نسخه التهذیب الصحیحه المحشاه «ترده علیه» من دون لفظ «یوم» و معناه أنک ترد الأرش علیه مع البغل. (و ثانیا) أنه علی التقدیر المزبور کما یخالف یوم الغصب یخالف یوم التلف، ضروره کونه غیر یوم الرد، فلا یوافق المختار، بل و لا شیئا من الأقوال.

بل إن جعلت الظرف فیه متعلقا بقوله: «علیک» کان منافیا أیضا لما عرفت من أن الضمان المعلق ثابت بالمخالفه، و المحقق حال حصول العیب، فالمتجه أن یراد منه أن علیک رد الأرش حین ترد البغل، لا أن الأرش یتعلق وجوبه بک یوم رد البغل لا یوم حصول العیب، فیوافق حینئذ المراد من النسخه الساقط فیها لفظ الیوم.

و لقد أطنب بعض الفضلاء فی بیان المعنی المزبور، لعدم وقوفه علی النسخه التی ذکرناها، و حینئذ لا یکون منافیا للمختار و لا مؤیدا له.

نعم ربما قیل: إنه ظاهر فیه. باعتبار أن سؤال الراوی عن الضمان

بسبب التلف لا بسبب المخالفه، فمطابقه الجواب للسؤال يقتضى أن يكون المراد منه: نعم يلزمک يوم خالفته هذا الحكم، يعنى يصير حكمك فى هذا اليوم لزوم قيمه البغل إن هلك، و المتبادر منه بعد معلوميه أنه ليس المراد قيمته ميتا هو أقرب زمان حياته إلى الموت، و هو قبيل التلف، و هذا معنى قيمته يوم التلف.

بل لعل تنكير «بغل» يومئ إلى ذلک أيضا، إذ هو إشاره إلى أنه يفرض الميت حيا، و إلا فلا ريب أنه لا يكفى قيمه أى بغل يكون، و هو مناسب لكون الظرف لغوا متعلقا بيلزمک، و إلا- فلا- يناسب التنكير، إذ البغل يوم المخالفه حى بالفرض و الاستصحاب، فالأولى تعريفه.

ثم إن الظاهر بناء قوله (عليه السلام): «حين اكترى» على غلبه عدم التفاوت فى هذه المده القليله و على الاستصحاب، و إلا فلم يقل أحد باعتبار القيمه حين الكرى، كما هو واضح.

و كيف كان فلا دلاله فى الصحيح المزبور على القول المذكور، و لعله لذا ترک أصحاب القول المزبور الاستدلال به و اقتصروا على الوجه الذى قد عرفت ضعفه، و من الغريب نسبه المصنف و الفاضل فى التحرير إياه إلى الأكثر، مع أنه لم نعرفه لغير من عرفت، و الله العالم.

و قال فى المبسوط و محكى النهايه فى موضع منهما و الخلاف و الوسيله و الغنيه و السرائر و الإيضاح و اللمعه و المقتصر و التبصره على إشكال و كذا شرح الإرشاد للفخر على ما حكى عن بعضها: إنه يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف بل فى المختلف أنه أشهر، بل عن بيعه نسبته إلى علمائنا، و فى المتن و هو حسن و كأنه قال به أو مال إليه فى الكفايه، و كذا المسالک، بل فيها «أن فى خبر أبى ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين» و قواه فى الروضه أيضا،

لمكان هذا الخبر الصحيح، مع أنه ذكر الاستدلال به للقول السابق.

و لكن لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه عدم إشعار فى الصحيح المزبور فضلا عن الدلاله، اللهم إلا أن يقال: إنه بناء على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قول: «نعم» يكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف، فيضمن الأعلى منه حينئذ، بل إن جعل متعلقا بالقيمه يكون المراد منه ذلك أيضا، لعدم معقوليه ضمان القيمه مع وجود العين، فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمه مع العطب من يوم المخالفه.

إلا أن ذلك كله كما ترى تجشم و خلط بين الضمان التقديرى المتحقق بالمخالفه و الضمان التحقيقى الحاصل يوم التلف كما هو واضح.

نعم قد استدل له بأنه مضمون فى جميع حالاته التى من جملتها حاله أعلى القيم، و لو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده، و أنه يناسب التغليظ على الغاصب الذى يؤخذ بأشق الأحوال.

و فيه أن الزياده للسوق ما دامت العين باقيه غير مضمونه إجماعا، و لا يلزم من ضمانها لو تلفت فى تلك الحال ضمانها مع عدم تلفها فيها، لأن ضمانها على تقدير تلفها فى الحاله العليا ما جاء من قبل الزياده، بل من حيث الانتقال من ضمان العين إلى القيمه لفوات العين، و هو منتف على تقدير عدم تلفها فى تلك الحاله العليا، و أخذه بأشق الأحوال إنما هو بالنسبه إلى رد العين نفسها لا مطلقا، لعدم الدليل، بل الأصول تقضى بخلافه.

و أضعف من ذلك ما عن المصنف فى أحد قوليه من أنه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين رد القيمه، إذ هو كما قيل مبنى على أن القيمى يضمن بمثله كالمثلى، و إنما ينتقل إلى القيمه عند دفعها لتعذر

المثل، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمه، لأن الزائد فى كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده، و لهذا لو دفع العين حال الزياده كانت للمالك، فإذا تلفت فى يده ضمنها.

و لعله إليه أشار المصنف بقوله و لا عبره بزياده القيمه و لا بنقصانها بعد ذلك على تردد إذ منشأ التردد فى ذلك كون الواجب فى القيمى المثل أو القيمه، و إلا فلا إشكال فى عدم اعتبار زياده القيمه و نقصانها بعد يوم التلف على جميع الأقوال عدا القول المزبور.

و هو كما ترى مع ضعف المبنى عليه ينبغى تقييده بما إذا تعذر المثل، و حينئذ يتجه ضمان المثل يوم الإقباض كما عرفته فى المثلى. على أنه لا يتم بالنسبه إلى ضمان العليا حال وجود العين.

و لعله لذا قيل: إن وجه القول قاعده الضرر، و ذلک لأن عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمه ضرر عليه و تفويت لتلک المنفعه العليا، و من هنا كان هو خيره العلامه الأكبر الآغا محمد باقر البهبهانى فيما حكى عنه، إلا أنک قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعده المزبوره ضمان الأعلى مع فواته و إن رد العين نفسها، و هو مخالف للإجماع بقسميه، بل قد عرفت عدم الضمان فيما لو منعه من بيع ماله بقيمه عاليه، كما تقدم الكلام فى ذلک كله مفصلا.

و بذلک كله يظهر لک أن الأقوى وجوب القيمه حين التلف وفاقا للفاضل فى جمله من كتبه و الشهيد و السورى و الكركى و الأردبيلى، بل هو المحكى عن القاضى، بل فى الدروس و كذا الروضه نسبته إلى الأكثر، و ذلک لأنه وقت الانتقال إلى القيمه، و إلا فقبله مكلف برد العين من غير ضمان للنقص السوقى إجماعا، و احتمال منع الانتقال إلى القيمه حين

التلف و إن كان هو وقت الانتقال إلا أنه ينتقل إلى الأعلى حينه يدفعه عدم الدليل.

و دعوى أنه قاعده الاشتغال باعتبار اقتضاء التلف الانتقال إلى القيمه، و الفرض أنها ذات أفراد، فتتوقف البراءه على دفع أعلاها يدفعها ما تحقق فى الأصول من أن مثله يجرى فيه أصل البراءه، ضروره رجوعه إلى الشك فى التكليف بين الأقل و الأكثر.

و احتمال الإجمال فى التأديه المجعول غايه لضمان ما فى اليد واضح الفساد، ضروره صدق التأديه على الأقل، و إنما الشك فى التكليف فى متعلق التأديه أنه قيمه يوم التلف أو الأعلى، و الأصل براءه الذمه من الثانى.

و احتمال ترجيحه بمناسبته لأخذ الغاصب بالأشق مع أنه لا دليل على اعتبار مثل هذا الظن الحاصل من مثله ليس بأولى من ترجيح الأول بانسياق بدليه قيمه يوم التلف عن العين التى لو ردها فى ذلك اليوم لبرأ، إذ هو معنى البدليه لا القيمه السابقه.

و دعوى أن القيمه بدل شرعى و الفرض عدم العلم من الشارع أن البدل قيمه يوم التلف أو العليا يدفعها الانسياق المزبور من كل ما دل على الضمان.

و به يدفع ما عساه يقال من معارضه أصل البراءه الذى قدمناه بأصاله عدم وصول الحق إلى مستحقه، و عدم براءه الظالم من ظلامته.

بل و به يندفع ما يقال أيضا من أن أصل البراءه لا يشخص قيمه يوم التلف، إذ لعله يوافق قيمه يوم الغصب إذا فرض كونها أقل، اللهم إلا أن يمنع الانسياق المزبور على وجه يكون دليلا شرعيا، فيشكل الحال حينئذ.

و لعله لذا كان المعروف بين الأصحاب ضمان الأعلى، بل لم يذكر بعضهم قيمه يوم التلف قولا بل و لا وجها، بل لم نتحققه ممن تقدم على الفاضل و إن حكى عن القاضى، بل سمعت نسبته فى الدروس إلى الأكثر.

و لكن لا ريب فى أن الاحتياط لا ينبغى تركه، بل الظاهر أنه لا بد من ملاحظه أعلى القيم فى التقويم يوم التلف على معنى إلزام الغاصب بقيمه العين المعتوره عليها أوقات فى يده قد اختلفت قيمتها فيها مع فرض مدخليه ذلك فى القيمه.

هذا و لا يخفى عليك أن محل الخلاف كما صرح به غير واحد ما إذا كان نقصان القيمه مستندا إلى السوق، أما إذا استند إلى حدوث نقص فى العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون إجماعا، كما فى المسالك و الروضه و لو على معنى ضمان أرش النقصان و قيمه العين حال التلف، و الله العالم.

و كيف كان فقد عرفت مما ذكرناه فى تحقيق المثلى أن الذهب و الفضه مضروبين أو غير مضروبين إذا لم يكن فيهما صنعه محلله يضمنان بمثلهما كما صرح به غير واحد، بل فى المسالك نسبته إلى المشهور، ضروره إمكان الحكم بالمساواه فى الصنف على الوجه الذى ذكرناه، و دعوى أن الصحاح من الدراهم و الدنانير مختلفه فى الوزن و الاستداره و الاعوجاج و وضوح السكه و خفائها على وجه يؤثر فى القيمه يدفعها بعد تسليمها ما عرفت من أن المدار على المساواه فى الصنف، و الفرض حصوله، فلا يقدح اختلاف البعض.

و لكن مع ذلك قال الشيخ: هما قيميان ف يضمنان بنقد البلد، كما لو أتلف ما لا- مثل له و فى المسالك «و لعله نظر إلى الاختلاف، فإنه لا يجرى عليه تعريف المثلى بأنه ما تساوى أجزاؤه،

لأنه اختار فی المبسوط هذا التعریف من غیر أن یعتبر تقاربها فی الصفات و لا یدخل فیه بدونه، و لکن لا بد من مراعاه ذلک فی التعریف، و إلا لم یدخل فیه شی ء من المثلیات، لاختلاف صفات أصنافها الموجب لاختلاف قیمتها من الحبوب و الأدهان و غیرهما».

و فیه- مع إطلاق الشیخ قیمه الذهب و الفضه لا خصوص الدراهم و الدنانیر منهما- أنه لا ریب فی حصول التساوی فی أجزاء أصنافهما علی الوجه الذی ذکرناه. و علی کل حال فلا ریب فی ضعف القول المزبور، فیضمن بالمثل حینئذ.

نعم لو تعذر المثل ضمنه حینئذ بالنقد کما عرفته فی کل مثلی تعذر مثله فان کان نقد البلد مخالفا للمضمون فی الجنس بأن کان أحدهما ذهبا و الآخر فضه ضمنه بالنقد و إن اختلفا فی الوزن، لعدم الربا فیه.

و کذا إن کان من جنسه و اتفق المضمون و النقد وزنا صح أیضا، لما عرفت.

و إن کان أحدهما أکثر قوم بغیر جنسه و یؤخذ قیمته لیسلم من الربا فیأخذ کمال حقه، و رده ابن إدریس بمنع ثبوت الربا هنا، لأنه مختص بالبیع، فلا یضر اختلافهما فی الوزن، و کذا لو غاب فرده مع أرش النقص من جنسه.

و إلی رده أشار المصنف بقوله. و لا یظن أن الربا یختص بالبیع، بل هو ثابت فی کل معاوضه علی ربویین متفقی الجنس وزنا و قد عرفت فی کتاب البیع تحقیق الحال فی ذلک.

نعم یمکن أن یمنع کون المقام من المعاوضات، بل هو من الغرامات

التى لا تندرج فى أدله الربا المراد منها الإرباء الحاصل بفعل المتعاملين، بل لو سلم تناول أدلته لمثل ذلك كان بينه و بين ما دل على أداء القيمه العموم من وجه و يمكن الترجيح لما هنا بإطلاق الفتاوى.

اللهم إلا أن يقال: إن المقام من المعاوضه بعد فرض كونه مثليا، لما عرفت من كون الثابت فى الذمه المثل، و القيمه عوض عنه مع التعذر، خصوصا إذا قلنا بتوقف ذلك على رضا المالك، و إنما يتجه ذلك على قول الشيخ بكونه قيميا. مع إمكان منع كونه معاوضه مصطلحه على التقدير المزبور، حتى مع اعتبار رضا المالك الذى لا ينافى كونه غرامه برضاه، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و لو كان فى المغصوب صنعه محلله لها قيمه غالبا كان على الغاصب مثل الأصل و قيمه الصنعه و إن زاد بذلك عن الأصل ربويا كان أو غير ربوى، لأن للصنعه قيمه تظهر لو أزيلت عدوانا و لو من غير غصب فلا يكون من الربا الذى هو الزياده فى أحد العوضين، كما صرح بذلك كله فى محكى المبسوط و السرائر و التحرير و الإرشاد و موضع من التذكره.

لكن أشكله فى الدروس بعموم الربا، و زاد فى المسالك «أنه لم يخرج بالصنعه عن أصله، و إنما اشتمل على وصف زائد، و قد صرحوا فى باب الربا بأنه لا فرق بين المصنوع و غيره فى المنع من المعاوضه عليه بزياده، و هذا أقوى، فضمانها بالقيمه أظهر، مع أنا نمنع من بقائه مثليا بعد الصنعه، لأن أجزاءه ليست متفقه القيمه، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها».

قلت: قد عرفت البحث فى باب الربا عن الصفات الحاصله للربوى بالعمل و نحوه، كما أنك عرفت هنا قوه احتمال منع الربا فى الغرامات.

بل مما ذكرنا يعلم الحال فى المغصوب ذى الصنعه إذا كان من النقدين و كان نقد البلد الذى هو قيمه له موافقا له فى الحس و مختلفا معه فى الوزن، فان كونه قيميا لا يدفع احتمال الربا عنه، بل لا بد من تقويمه بغير الجنس حينئذ، إلا بناء على ما ذكرناه من عدم جريان الربا فى الغرامات.

و على كل حال فقد ظهر لك أن المعروف بين من تعرض للمسأله كون المفروض مثلى الأصل قيمى الصنعه، و عن موضع من التذكره أنه قيمى، و فى المسالك أنه أظهر، للمنع من بقائه مثليا بعد الصنعه، لأن أجزاءه ليست متفقه القيمه، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها متصله كما لا يخفى.

و فيه أن ذلك ليس ضابطا للمثلى كما عرفته، بل هو تساوى الأجزاء على حالها بالمعنى الذى ذكرناه سابقا.

و منه ينقدح قوه احتمال كون المصنوع مثليا مع صنعته، كما احتمله فى الدروس و إن استبعده فى المسالك، بل لعل جزمهم به فى الدراهم و الدنانير يؤيد ذلك، ضروره اشتراك الجميع فى أن لعقلاء العرف طريقا للحكم بالمساواه فى الصنف، هذا كله لو تلف المغصوب المصنوع.

أما لو تلفت الصنعه فقط فإنه يضمنها، و لا حجر فى كون ضمانها من جنس جوهر الإناء، لانتفاء الربا، إذ لا معاوضه بين جنسين لا حقيقيه و لا حكميه كما هو واضح.

و ظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذ قيميه، فليس للمالك الإلزام بعودها، كما أنه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجانى، و فرق واضح بين المقام و بين الإلزام بتسويه الحفر فى الأرض الذى هو من قبيل رد المغصوب إلى محله، و الله العالم.

و إن كانت الصنعه محرمه كما فى آنيه الذهب و الفضه و الصنم

و الصليب و غيرها لم يضمنها سواء أتلفها خاصه أو مع ذيها، بلا خلاف أجده فيه، بل فى الكفايه نسبته إلى قطع الأصحاب، لأن الغصب لا يصير ما لا قيمه له شرعا ذا قيمه، و لا يجعل ما هو محرم- يجب إتلافه على جميع المكلفين من غير فرق بين الغاصب و غيره- قيميا محترما.

و هذا و لكن فى القواعد «لو أتلف آنيه الذهب ففى ضمان الزائد بالصنعه إشكال ينشأ من مساواه الغاصب غيره و عدمها» مع أنه قال فيها قبل ذلك: «و إذا كسرت آلات الملاهى فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمه الرضاض، و كذا الصليب» بل صرح به غيره، بل فى الكفايه نسبه ذلك كله إلى قطع الأصحاب.

نعم للعامه خلاف فى الحد المشروع لإبطالها على وجهين: أحدهما أنها تكسر حتى تنتهى إلى حد لا يمكن اتخاذ آله محرمه منها لا الأولى و لا غيرها، و عن الكركى أنه ليس ببعيد، لأنه أزجر لمن هى له.

و فيه أنه تعد عن الاذن فى التصرف فى مال الغير، و من هنا كان الأظهر عند العامه أنها لا تكسر الكسر الفاحش لكنها تفصل، و لكن فى حد التفصيل عندهم وجهان: أحدهما أنها تفصل مقدارا لا تصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه البربط و ترك على شكل قصعه كفى، و الثانى تفصل إلى حد لو فرض اتخاذ آله محرمه من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب، و لا ريب فى أن الأظهر منهما الأول، اقتصارا فى حرمه التصرف فى مال الغير على مقدار الاذن، بل لا يبعد الضمان على من تجاوز الحد المزبور، فيضمن حينئذ التفاوت بين قيمتها مكسوره إلى الحد المشروع و بين قيمتها منتهيه إلى الحد الذى أتى به.

كما أنه لا خلاف أجده هنا فى ضمان قيمه الرضاض، و هو الذى

یبقى بعد الکسر، بل الکفایه نسبته الى قطع الأصحاب، لأنه مال مملوک محترم، لکن عن ظاهر جماعه فی باب المکاسب أن آلات اللهو لا تعد مالا، و أنها غیر مملوکه، للخبر(۱)و القاعده، و قولهم بعدم ضمان المتلف لها قیمتها، بل قیل: إن الأمر فی الصلبان و الأصنام واضح، و لا قائل بالفرق، و أنه ربما جمع بین کلامهم فی المقامین بإراده ملک الماده دون الصوره، و عدم ضمان الماده لو توقف إتلاف الصوره علیها، أو لا تملک مطلقا و لکنها غیر الرضاض بعد الکسر.

قلت: قد تقدم ما عندنا فی باب المکاسب(۲)و منه یعلم الحال فی المقام فلاحظ و تأمل، و على کل حال فإشکال الفاضل فی غیر محله، و الله العالم.

و لو کان المغصوب دابه فجنى علیها الغاصب أو غیره بما لا مقدر فیه فی الإنسان أو عابت من قبل الله سبحانه ردها مع أرش النقصان بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا الى عموم الأدله و خصوص صحیح أبی ولاد(۳)السابق.

و تتساوى بهیمه القاضی و غیره فی الأرش عندنا، لإطلاق الأدله، و لأن المدار على تفاوت المال لا مالکه.

خلافا للمحکی عن مالک و احمد فی إحدى الروایتین من أن فی قطع ذنب بهیمه القاضی تمام القیمه، لأنها لا تصلح له بعد ذلک.

و فیه ما عرفت من أن النظر فی الضمان الى نفس المال لا إلى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۱ و الباب- ۱۰۳- منها الحدیث ۴.
۲- ۲ راجع ج ۲۳ ص ۲۵- ۲۷.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الغصب الحدیث ۱.

غرض المالک، و لـذا کان فی وطء الولد جاریه الأب بالشـبهه مهر المثل کما فی وطء الأجنبی، و إن حرمت بالأول علی الأب، کما هو واضح.

لکن فی التـذکره «لو غصب شـیئا تتفـاوت قیمته بالنسـبه إلی أربـابه کمـا لو غصب حجه إنسـان بـدین أو ملک فالأقرب ضـمان التفـاوت بالنسـبه إلی ربه إن غصـبه منه، و إن غصـبه من غیره لم یضـمن بالزیاده، بل بما یساوی قیمته بالنسـبه الی ذلک الغیر» و جعل الشأن فی الخاتم و النعل بالنسـبه إلی کبر الإصـبع و غیره کذلک، و لم أجده لغیره کما أنه لا وجه له واضح، ضـروره عدم ثبوت مالیه للشی ء فی نفسه عرفا بذلک.

بل ظاهر کلام الأصحاب خلافه، بل فی الدروس «أن مرکوب القاضی کغیره و إن صیره أبتر» و کذا لو أتلف وثیقه خیال (جمال خ ل) أو خفا لا یصلح إلا لواحد، و الله العالم.

و کـذا لو کان ذلک فیما له مقـدر فی الإنسان منها إذ لا تقـدیر فی قیمه شـی ء من أعضاء الـدابه عنـد المشـهور، بل لا أجـد فیه خلافا إلا ممن سـتعرفه بل نسـبه بعض إلی النـدره، ف یرجع فیه إلی الأرش السوقی کغیره من الأموال من غیر فرق بین الفرس و البقره و غیرهما و بین ما ینتفع بظهرها و لحمها أو أحـدهما أو بغیرهما و غیرها، خلافا لأحمـد بن حنبل فی الأولین و لأبی حنیفه فی الثلاثه الأخیره.

نعم روی عاصم بن حمید(۱)عن الباقر (علیه السلام) و مسمع(۲)عن الصادق (علیه السلام) «أن علیا (علیه السلام)

۱- ۱ لم نجد لعاصم بن حمید روایه بهذا اللفظ و انما روی فی المقام عن محمد بن قیس عن أبی جعفر علیه السـلام ما سیذکره قده فی الجواهر.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴۷- من أبواب دیات الأعضاء- الحدیث ۴ من کتاب الدیات.

قضى فى عين الدابه ب ربع ثمنها» أى قيمتها كما

روى أبو العباس(۱)عن الصادق (عليه السلام) أنه قال: «من فقأ عين دابه فعليه ربع ثمنها».

و فى

صحيح عمر بن أذينه(۲)المروى فى التهذيب «كتبت الى أبى عبد الله (عليه السلام) أسأله عن روايه الحسن البصرى يرويها عن على (عليه السلام) فى عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها؛ فقال: صدق الحسن، قال على (عليه السلام) ذلك».

كما أنه

روى فيه صحيحا عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس(۳)عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «قضى على (عليه السلام) فى عين فرس فقئت ربع ثمنها».

قيل رواه فى الكافى(۴)حسنا بإبراهيم بل قيل هو صحيح فى زيادات حدود الفقيه(۵): و منه يعلم ما فى المسالك و غيرها من

الطعن فى السند، نعم لم نجد بها عاملا سوى ما عن النهايه و الوسيله من أنه فى فق ء عين البهيمه ربع قيمتها بعد الحكم فيهما أيضا أن الجنايه على أعضائها بحسب قيمتها، و لولا ندره القائل بذلك لكان العمل بها فى خصوص العين متجها، بل يمكن القول بعدم العلم بالاعراض عنها بعد احتمال عدم العثور عليها فان الشهيد فى غايه المراد مع سعه باعه قال: «لم أعثر على غير الأخبار الثلاثه».

نعم إن علم الاعراض عنها فلا محيص عن طرحها أو حملها على ما

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۷- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ۱ من كتاب الديات.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴۷- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ۲ من كتاب الديات.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴۷- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ۳ من كتاب الديات.

۴- ۴ أشار إليه فى الوسائل فى الباب- ۴۷- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ۳ و ذكره فى الكافى ج ۷ ص ۳۶۷.

۵- ۵ الفقيه ج ۴ ص ۱۲۷ باب نوادر الديات.

كـان الأـرش فيه ذلـك، خصوصا و قـد حكى الشـيخ (رحمه الله) فى المبسوط و الخلاف عن الأصـحاب فى عين الـدابه نصـف قيمتها، و فى العينين كمال قيمتها، و كذا كل ما فى البدن منه اثنان.

قال فى الأول منهما بعد أن حكم بضـمان الأرش فى الأعضاء: «و روى أصـحابنا فى عين الدابه نصف قيمتها، و فى العينين كمال قيمتها، و كذلك قالوا فى سائر الأطراف مما فى البدن منه اثنان ففيه كمال القيمه».

و قال فى الثانى: «إذا قلع عين دابه كان عليه نصف قيمتها، و فى العينين جميع قيمتها، و كـذا كل ما كان فى البـدن منه اثنان ففى الاثنين جميع القيمه، و فى الواحـد نصف قيمتها، دليلنا إجماع الفرقه و أخبارها» مع أن المحكى عنه فيه فى آخر المسأله التاسـعه من الغصب الحكم بالأرش، و الحكم أيضا به فى ذنب حمار القاضى لا القيمه باعتبار كونه واحدا.

اللهم إلا أن يريد بالأرش هو ما ذكره فيه من النصف و الكل.

كما أنه لم نجد ما ذكره من الروايه، كما اعترف به فى السرائر و غيرها، بل قد عرفت أنه نفسه روى فى التهذيب ما سمعت.

و فى المختلف «يمكن حمل الروايه و الإجماع الـذى ادعاه الشـيخ على غير الغاصب فى إحـدى العينين بشـرط نقص المقدر عن الأرش».

و هو كما ترى انما يتم ذلك فى العبـد كما سـتعرف من أن جنايه غير الغاصب عليه مضـمونه بالمقـدر من قيمته، و إذا تجاوزت ديه الحر ردت إليها، و كلام الشيخ و ما ادعاه من الأخبار و الإجماع فى الدابه.

و من الغريب مـا فى الرياض حيث حكى عن الشيخ أولا القول المزبور فى الغاصب، مع أن الشـيخ لم يفرق بين الغاصب و غيره فى المسأله.

و ثانيا قال فى مسأله العبد: «و لذا حمل الفاضل فى المختلف كلام الشيخ عليه» مع أن كلا من كلام الحامل و المحمول خال عن ذكر العبد،

على أن قوله: «فى إحدى العينين» لا- وجه له اللهم إلا- أن يكون عدم تصور نقص المقدر فيه عن الأرش بعد أن كان الواجب تمام القيمه، و بالجمله لا وجه للحمل المزبور.

و أغرب منه ما فى المسالك، حيث إنه بعد أن روى الأخبار الثلاثه الأول و ذكر حمل المختلف قال: «و هذا الحمل حسن لو صحت الروايه، و مع ذلك فمدلولها خلاف ما ادعاه» ضروره عدم الحسن فيه، بل قد عرفت صحه الروايه و لكن هجرها مع فرضه و معارضتها بما سمعت منع من العمل بها، كما أنه منع من العمل بما حكاه الشيخ من الإجماع و الأخبار أنه لم نعرف ذلك لأحد ممن تقدمه لا فتوى و لا روايه، بل فتواه نفسه و روايته بخلافه.

و بذلك كله ظهر لك أن ما عليه المشهور من الرجوع إلى الأرش السوقى مطلقا أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه مال كغيره من الأموال، و لا يقاس على الإنسان فى ذلك، كما لا يقاس على العبد فى الرجوع إلى ديه الحر مع التجاوز، فتؤخذ القيمه حينئذ مع تلفه و إن تجاوزت ديه الحر، و الله العالم.

و لو غصب عبدا أو أمه فقتله أو قتله قاتل ضمن قيمته ما لم تتجاوز ديه الحر، و لو تجاوزت لم يضمن الزياده.

قال فى الخلاف فى باب الغصب: «إذا قتل عبدا كان عليه قيمته ما لم تتجاوز قيمته ديه الحر عشره آلاف درهم، و كذا إن كانت أمه ما لم تتجاوز قيمتها خمسه آلاف درهم ديه الحره- إلى أن قال-: دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم» و ظاهر ذكره ذلك فى الباب المزبور أن الغاصب حكمه ذلك.

قيل: و أظهر منها فى ذلك عباره المبسوط قال: «و إن كان عبدا

نظرت. فان قتله ففيه قيمته، و إن زادت على ديه الحر لم يلزمه أكثر من ذلك».

بل قيل: إنه قد طفحت بذلك عباراتهم فى باب القصاص و الديات فيما يكاد يزيد على عشرين موضعا من دون تعرض من أحد منهم لاستثناء الغاصب إلا الشهيد الثانى و كاشف اللثام، إلا أنه يمكن أن يقال: إن ذلك منهم من حيث الجنايه لا الغصب، بل يمكن إراده الشيخ ذلك فيما سمعته من خلافه.

بل فى المختلف «الظاهر أن مراد الشيخ بقوله فى المبسوط:

- إنه لا- يلزم القاتل الزياده عن ديه الحر- الجانى دون الغاصب، لأنه أشار فى المبسوط الى ما اخترناه من لزوم الزائد، لأنه قال: إذا غصب عبدا فقطع آخر يده فان رجع السيد على الغاصب رجع بأكثر الأمرين مما نقص و أرش الجنايه، و إن رجع على القاطع رجع بالأرش، و هو نصف القيمه، و الزائد فى مال الغاصب، لاختصاص ذلك بالجانى، فلا يتعدى إلى الغاصب، لما فيه من مخالفه الأصل، فإن العبد مال» و إن كان قد يقال بإمكان فرق الشيخ بين الطرف و النفس، بل هو مقتضى الجمع بين كلاميه.

و على كل حال ففى المتن و لو قيل: يضمن الغاصب الزائد بسبب الغصب كان حسنا بل عن ابن إدريس و الفاضل و ولده و الشهيدين و الكركى و غيرهم الجزم بذلك، و لذا نسبه فى المسالك و غيرها إلى أكثر المتأخرين. بل فيها أنه «يرتفع الخلاف» بناء على ما سمعته من المختلف، بمعنى اتفاق الجميع على ضمان الغاصب تمام القيمه و إن تجاوزت ديه الحر، و ذلك لأنه مال فيضمن بقيمته، و إنما اقتصرنا فى غير الغاصب على الديه عملا بالاتفاق، فيبقى ما عداه على الأصل.

على أن الرجوع إلى ديه الحر مع التجاوز إنما هو من حيث الجنايه التى لا تنافى وجود سبب آخر للضمان، و هو الغصب الذى لا رجوع فيه، كما لو مات فى يده، فإنه يضمن قيمته و إن تجاوزت بلا خلاف محقق أجده فيه كما ستعرف، بل لعل غيره من أسباب الضمان كالقبض بالسوم و العاريه المضمونه كذلك، كل ذلك مضافا الى تكليف الغاصب بأشق الأحوال.

هذا و لكن قد يناقش بإطلاق ما دل على الرجوع مع التجاوز، من غير فرق بين الغاصب و غيره، ففى

الصحيح(۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «ديه العبد قيمته، و إن كان نفيسا فأفضل قيمته عشره آلاف درهم، و لا يتجاوز ديه الحر».

و فى

صحيح ابن رئاب(۲)عنه (عليه السلام) أيضا «إذا قتل الحر العبد غرم قيمته و أدب، قيل: و إن كانت قيمته عشرين ألف درهم؟ قال: لا يتجاوز قيمه العبد ديه الأحرار».

و نحوه خبر أبى الورد(۳).

و فى

المرسل فى الإيضاح(۴)«إن العبد لا يتجاوز بقيمته ديه مولاه».

و ظاهره عدم الفرق بين الغاصب و غيره، بل ظاهر المرسل منها عدم الفرق بين الموت و القتل، بل قد يؤيده الصحيح الأول، إلا أن الإجماع على خلافه، بل لعل

قوله (عليه السلام) فى الصحيح الأول:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب ديات النفس- الحديث ۲ من كتاب الديات.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب ديات النفس- الحديث ۳ من كتاب الديات عن ابن رئاب عن الحلبى.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب ديات النفس- الحديث ۱ من كتاب الديات.

۴- ۴ ج ۴ ص ۵۸۳.

«دیه العبد»

ظاهر فی الجنایه، فلیس إلا المرسل الذی لا جابر له، بل قد عرفت أن الموهن له محقق، أما الجنایه المقتضیه لکون القیمه بحکم الدیه فیبقی الحکم فیها علی الإطلاق الذی ینبغی الخروج به عما

یقتضی ضمان القیمه و إن تجاوزت، و لیس التعارض بینها من وجه، بل هو فرد آخر للخاص، فتأمل جیدا.

و ربما یؤید ذلک ما تسمعه من الشیخ و المصنف فی النافع و الفاضل فی الإرشاد فی المسأله الآتیه، و هی الجنایه علی ما فیه مقدر من الأعضاء، حیث وافقوا الشیخ فیها علی عدم الفرق بین الغاصب و غیره فی دفع المقدر ما لم یتجاوز دیه الحر فی العضو، و الله العالم.

و بذلک کله ظهر لک أنه لا خلاف و لا إشکال فی أنه لا یضمن القاتل غیر الغاصب سوی قیمته ما لم تتجاوز، و لو تجاوزت دیه الحر ردت الیه بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی ما سمعته من النصوص(۱).

نعم لو قتله غیر الغاصب فی ید الغاصب مثلا- فان لم تزد قیمته عن دیه الحر فلا إشکال، و إن زاد الأرش أی القیمه عن مقدر الجنایه الذی هو دیه الحر طولب الغاصب بالزیاده دون الجانی علی قول الأکثر، و فیه البحث السابق، و من الغریب جزم المصنف بذلک هنا و عدمه فی الأول الذی هذا من فروعه، کما هو واضح، و الله العالم.

هذا کله فی الجنایه.

أما لو مات فی یده ضمن قیمته و لو تجاوزت دیه الحر کما صرح به غیر واحد، بل فی الکفایه لا أعرف خلافا بینهم فی ذلک،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب دیات النفس- من کتاب الدیات.

لكن فى الـدروس «لو مـات لزمته قيمته و إن تجاوزت ديه الحر عنـد المتأخرين، خلافا للشـيخ مـدعيا عليه الإجماع» و إن كنا لم نتحققه، بل المحكى عن الشـيخ فى الخلاف التصـريح بـذلك كالسـرائر، بل اقتصـر غير واحـد على نقل الخلاف عن الشـيخ فى مسأله القتل كما عرفت.

و على تقديره فلا ريب فى ضعفه، لقاعده ضمان القيمه فى المغصوب بالغه ما بلغت المقتصر فى الخروج عنها على الجنايه لو قلنا بالرجوع إلى ديه الحر فيها، و لا استبعاد فى الأحكام الشرعيه المبنيه على حكم خفيه، و الله العالم.

و لو جنى الغاصب أو غيره عليه بما دون النفس فان كان تمثيلا و تنكيلا قال الشيخ: عتق و عليه قيمته ل

قول الصادق (عليه السلام) فى مرسل ابن محبوب(۱): «كل عبد مثل به فهو حر»

الـذى لا ينافيه ذكر المولى فى غيره(۲)حتى يحمـل عليه، مؤيـدا بـأن الحكمه فى الانعتاق بتنكيل المولى جبر و هن المنكل، لما فاته من التكسب.

و لكن فيه تردد ينشأ ممـا عرفت و من الاقتصار بالعتق فى التمثيل المخالف للأصل على مباشـره المولى لأنه المتيقن، بل لا جابر للمرسل المزبور بالنسبه الى ذلك، مضافا إلى

قوله (صلى الله عليه و آله)(۳): «لا عتق إلا فى ملك»

بناء على انعتاقه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب العتق- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب العتق- الحديث ۲ و فيه « فيمن نكل بمملوكه أنه حر.».

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب العتق- الحديث ۲ و فيه « لا عتق إلا بعد ملك».

على المنكل لا المولى، و احتمال الحكمه معارض باحتمال كونها المؤاخذه على سوء فعل المولى، بل هو الظاهر.

و ما أبعد ما بين القول المزبور و القول بعدم الانعتاق بتنكيل المولى فضلا عن غيره كما عن ابن إدريس، بل المصنف تردد فيه أيضا فى كتاب العتق و إن كنا

بينا هناك ضعف ذلک بل بطلانه، إلا أن المتجه الاقتصار على تنكيل المولى الذى هو المنساق نصا(۱)و فتوى كما هو واضح.

و من الغريب ما عن الفاضل فى بعض فوائده من بناء الخلاف فى الحكم على الخلاف فى الحكمه أنها الجبر أو العقوبه، فعلى الأول ينعتق دون الثانى، إذ هو مع أنه إحاله على مجهول لا وجه له بعد معلوميه عدم اطراد الحكمه على وجه تثبت بها أحكام شرعيه.

و كذا ما عن غيره من بنائه على خروج العبد بالتنكيل عن الملكيه، أو المولى عن أهليه التملک بالنسبه للعبد، أو عقوبه محضه، فعلى الأخيرين لا عتق، بخلاف الأول كما هو واضح.

نعم لو أقعد أو عمى أو جذم فى يد الغاصب انعتق و ضمن الغاصب قيمته، و الله العالم.

و كيف كان فعن الخلاف و موضع من المبسوط أن كل جنايه على المغصوب ديتها مقدره فى الحر فهى مقدره فى المملوک بحساب قيمته المنزله فيه منزله الديه و ما ليست مقدره فى الحر ففيها الحكومه سواء كانت الجنايه من الغاصب أو من أجنبى، بل هو كذلک لو كان التلف بآفه سماويه، لأنه فى يده مضمون بلا خلاف أجده فى الأخير، أى ما لا مقدر له.

و ما عن المبسوط من الاقتصار على خصوص جنايه الغاصب ليس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من كتاب العتق الحديث ۲.

خلافا فی المسأله، ضروره اشتراک الجمیع فی مدرک الحکم، و هو کونه مضمونا علیه، و لا مثل له و لا قیمه مقدره، فلا بد من الأرش.

و أما الأول فهو خیره النافع و الإرشاد و مجمع البرهان، بل عن المقتصر أن المشهور رده مع رد دیه السید مثلا و هی نصف القیمه، بل عن الخلاف أن علیه إجماع الفرقه و أخبارهم، و لعله یرید بالاخبار

قول أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۱): «جراحات العبید علی نحو جراحات الأحرار فی الثمن»

و نحوه

المرسل(۲)و فی قوله (علیه السلام):

«الثمن»

إشعار بإراده الأعضاء.

و فی الإیضاح الاستدلال علیه بعموم النص مفسرا له فی حاشیته بأن ما فیه من الحر

دیته فیه من العبد قیمته، و عن الخلاف أیضا إجماع الفرقه و أخبارهم علی هذه العباره، و عن السرائر أنه ورد فی الرقیق الممالیک من بنی آدم نصف القیمه، و کمالها فی المتحد فی البدن و المتعدد.

و لعل وفاق الفاضلین هنا مؤید لما ذکرناه فی المسأله السابقه من ظهور الروایات(۳)فی الأعم من الغاصب و غیره، إذ لا فرق بین المقام و بین السابق، بل لعل تلک الروایات أظهر دلاله فی کون قیمه العبد حیث تضمن بأی سبب من أسباب الضمان لا تتجاوز دیه الحر، و خروج الموت فی ید الغاصب مثلا- لا- ینافی ذلک، ضروره بقاء الجنایه الموجبه لکون القیمه بحکم الدیه علی مقتضی إطلاق النصوص المزبوره کما ذکرناه سابقا.

و لکن مع ذلک قال المصنف لو قیل یلزم الغاصب أکثر الأمرین من المقدر و الأرش کان حسنا کما هو صریح محکی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب دیات الشجاج و الجراح- الحدیث ۲ من کتاب الدیات.

۲- ۲ الفقیه ج ۴ ص ۹۵ الرقم ۳۱۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۲- من کتاب العتق.

المبسوط فی موضع منه و الحلی و الفاضل و ولده و الکرکی و الشهیدین و غیرهم، و عن کشف الرموز أنه قریب، و الدروس و الکفایه أنه قوی، بل فی جامع المقاصد

أنه مذهب الأکثر، بل فی الریاض أن علیه عامه من تأخر، بل عن المهذب البارع أن المشهور رده مع الأرش بالغا ما بلغ. و کان الوجه فی ذلک أن الأکثر إن کان هو المقدر فهو جان، و الحر أصل للعبد فی ذلک إجماعا بقسمیه و نصوصا(۱)و إن کان الأکثر الأرش فهو مال مضمون علیه

بعموم «علی الید»(۲)

کغیره من الأموال، و لا منافاه بین العمل بجهتی الضمان.

و بذلک یفرق بین الغاصب و غیره، فیضمن الأول الأرش و إن زاد عن المقدر فی دیه الحر، بخلاف الثانی فإنه یضمن من حیث الجنایه معه خاصه، و الاتفاق نصا و فتوی علی التقدیر لها بما عرفت ما لم تتجاوز دیه الحر، و إلا ردت إلیها.

و حینئذ فلو جنی علیه جان و هو فی ید الغاصب تخیر المالک بین الرجوع علی الغاصب بأکثر الأمرین و یرجع هو علی الجانی بالمقدر، و بین الرجوع علی الجانی بالمقدر و بالزیاده إن کانت علی الغاصب الذی یضمن کل نقص یکون علی العین و لو بآفه سماویه.

و لکن فی ذلک المناقشه السابقه التی منشأها مساواه الغاصب لغیره فی الجنایه الموجبه للدیه المقدره فی المملوک بالقیمه، و الله العالم.

هذا کله مع عدم استغراق الجنایه القیمه.

أما لو استغرقت قیمته بأن جنی الغاصب علی ما فیه قیمته کالأنف و الذکر مثلا قال الشیخ (رحمه الله) فی محکی الخلاف:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب دیات النفس- من کتاب الدیات.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

كـان المالك مخيرا بين تسـليمه و أخـذ القيمه و بين إمساكه و لا شـى ء له، تسويه بين الغاصب فى الجنايه و غيره و عليه إجماع الفرقه و أخبارهم.

و لعل مراده بالاخبار إطلاق

قول أبى جعفر (عليه السـلام) فى خبر أبى مريم(۱): «قضـى أمير المؤمنين (عليه السـلام) فى أنف العبد أو ذكره أو شـى ء يحيط بقيمته أنه يؤدى إلى مولاه قيمه العبد و يأخذ العبد»

نحوه خبر غياث(۲)المراد منهما مع مشيئه المولى ذلك، للقطع بعدم خروجه من ملكه بذلك.

و بالإجمـاع مـا أرسـلوه إرسـال المسـلمات فى كتـاب القصـاص و الـديات، بل قيل: إنه حكى عليه الإجماع صـريحا و ظاهرا فى خمسه مواضع من غير إشاره منهم إلى الفرق بين الغاصب و غيره عدا نادر من بعض الناس.

مؤيـدا ذلـك كله بـأن فى رده مع القيمه جمعـا بين العوض و المعوض عنه، بـل و ربمـا قيل من أن المضـمون مع تلف الكل هو جميع القيمه فقـط، فلاـ يعقـل وجوبها فى البعض مع بقاء الجمله على ملكه، و إلا لاسـتوى الكل و البعض بل يزيـد حكم البعض على الجمله، و إن كان فيه ما فيه.

و لكن مع ذلك فيه التردد (تردد خ ل) السابق الـذى منشأه اختصاص هـذه النصوص كغيرها من النصوص السابقه بغير الغاصـب الـذى فيه ضـمان اليـد، بل جزم الحلى و الفاضل و ولـده و الشـهيدان و الكركى بوجوب دفع الغاصب إياه مع القيمه و إن كانت الجنايه مع غيره، و ذلك لأن العبـد مضـمون، و كل عضو عضو منه كذلك، فكل عضو فات منه يلزمه قيمته مع أصاله بقاء العبد على ملكه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۴- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ۱ من كتاب الديات.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳۴- من أبواب ديات الأعضاء- الحديث ۱ من كتاب الديات.

و من هنا ربما اجتمع للمالك عـده قيم، كما لو قطع واحد رجله و آخر يده و ثالث عينه و رابع أذنه، فان للسـيد إمساكه و مطالبه كل منهم بقيمه ما جنى، كما نصوا عليه فى باب الـديات، و لا جمع بين العوض و المعوض، لأن العوض قيمه العضو، و المعوض ذلك العضو الفائت لا العبد، و لذا لو قطع إحدى يديه و دفع إليه نصف القيمه لم يجب عليه تسليم نصف العبد.

كل ذلك مضافا الى الضـرر على تقديرى الدفع و عدمه، خصوصا إذا كان العبد كسوبا لا يمنعه قطع أنفه مثلا، و حمل الغاصب على الأجنبى قياس.

و لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع، و العمـده تناول النصوص المزبوره للغاصب و غيره و عـدمه، ضـروره عدم معارضه شـى ء من ذلك للنصوص المفروض تناولها، كما أنه على تقـدير عـدم التناول لا وجه لوجوب الدفع على المالك، فان المقام ليس من الجمع بين العوضين الممنوع، كما هو واضح، و لولا الشهره المزبوره لكان الأول لا يخلو من قوه.

و كيف كـان فعلى الفرق بين الغـاصب و غيره يتجه وجوب أكثر الأـمرين عليه من القيمه التى لاـ تتجاوز ديه الحر و الأرش و إن تجـاوز، و قـد يحتمـل وجوب القيمه عليه و إن تجـاوزت، باعتبـار تنزيـل الشـارع الأـنف منزله الكـل، و لا ريب فى وجوبها على الغـاصب و إن تجاوزت بناء على الفرق بينه و بين الجانى غير الغاصب، فكـذا الأنف لو قطعه، فيكون المراد فى الأنف القيمه فى الغـاصب و غيره، إلاـ أنهـا قيـدت فى الثـانى بعـدم التجـاوز بخلاف الأول، إلا أنه كما ترى، بل مقتضاه ذلك فى الجنايه على ما يوجب نصف القيمه الذى قد عرفت أنه يجب منه فى الغاصب أكثر الأمرين مع تقييد نصف القيمه بعدم التجاوز، لأنها تجب

من حيث التقدير الشرعى باعتبار الجنايه و إن كان النقص المالى أقل منها.

و على كل حال بناء على الفرق بين الغاصب و غيره لو جنى جان على المغصوب بما يحيط بقيمته كان للمالك الرجوع على كل منهما، و لكن لو دفعه إلى الجانى و أخذ القيمه منه كان له الرجوع على الغاصب بالقيمه ناقصا لا تاما، مع احتماله، لأن العين مضمونه فى يده، و دفعها للجانى لأخذ قيمته بقدر الجنايه لا يسقط ضمانها.

و لعل هذا مراد الفاضل فى القواعد، قال: «و لو جنى عليه بما فيه القيمه فالأقوى وجوب دفعه مع القيمه، سواء باشر الغاصب أو الأجنبى، أى و هو فى يد الغاصب، بخلاف الجانى على غير المغصوب، فان رجع على الأجنبى دفع اليه العبد و رجع بقيمته على الغاصب، و إن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجانى مجانا» انتهى.

و كان الوجه فى الأخير أنه دفع جنايه الجانى الذى استقر عليه التلف عنه، فيرجع بها، و اشتراط رد العبد انما هو مع التمكن منه لا مطلقا، حتى لو مات أو أبق مثلا، و يحتمل الرجوع عليه بقيمه العبد مقطوع الأنف مثلا، لأنها تقوم مقامه مع التعذر، و يأخذ منه قيمه الصحيح، و يحتمل أن لا يرجع بشى ء لتعذر شرط الرجوع، فيسقط المشروط، و لعله لا يخلو من قوه.

و لو جنى العبد المغصوب بما يوجب القصاص نفسا أو طرفا و اقتص منه و لو بعد رده للمولى ضمنه الغاصب، و كذا لو سرق أو ارتد عن فطره فقطع أو قتل، نعم لو غصبه بعد ارتداده أو سرقته أو استحقاق القصاص عليه مثلا ضمن قيمه عبد مستحق للقتل.

و لو جنى بما يوجب تعلق المال برقبته فداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش جنايته و قيمته، و يحتمل بأرش الجنايه بالغا ما بلغ، كما ستسمع

إنشاء الله تمام الكلام فيه عند ذكر المصنف له.

و بالجمله كل نقص يكون فيه مضمون عليه و لو كان منه أو من آفه سماويه، بل فى التحرير «لو جنى على سيده فجنايته مضمونه على الغاصب أيضا، لأنه من جمله جناياته الموجبه للنقص» و حينئذ فإن اقتص المولى فعلى الغاصب أرش العضو التالف بالقصاص كما فى التذكره، بل قال: «و إن عفا على مال ثبت المال على العبد، و فداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمه العبد كالأجنبى» و إن كان لا يخلو من تأمل، باعتبار أن السيد لا يثبت له على ماله مال، و من هنا لو كانت الجنايه خطأ لم يستحق السيد على الغاصب شيئا من حيث الجنايه، لأنها لا توجب شيئا.

نعم لو تراضى الغاصب مع السيد على مال للعفو عن القصاص الذى يوجب على الغاصب النقص صح، بل قد يقال بوجوب الدفع على الغاصب مقدمه لرد العين كما هى الواجب عليه، بل قد ينقدح من ذلك وجوب دفع الأزيد من قدر الجنايه.

و منه ينقدح قوه القول بوجوب فدائه فى الجنايه الماليه على الأجنبى بالأزيد من مقدر الجنايه مقدمه لوجوب الرد، فتأمل جيدا فإنه قد يفرق بين السيد و الأجنبى بعد فرض إراده السيد القصاص منه لاختياره حينئذ عدم رد العين كما هى، فيسقط الخطاب بذلك.

و كيف كان فإنما يضمن الغاصب نقص القيمه حيث يحصل و لو بسبب من العبد، و لا يضمن أرش نفس العضو الذى فرض قطعه بسرقه أو جنايه، لأنه ذهب بسبب غير مضمون، فأشبه سقوطه بغير جنايه.

و لو زادت جنايه العبد عن قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها إلى سيده، فإذا أخذها تعلق بها أرش الجنايه، فإذا أخذ ولى

الجنایه القیمه من المالک رجع علی الغاصب بقیمه أخری، لأن المأخوذه أولا استحقت بسبب وجد فی یده، فکانت من ضمانه.

أما لو کان العبد ودیعه فجنی بما تستغرق قیمته ثم قتله المستودع وجب علیه قیمته و تعلق بها أرش الجنایه، فإذا أخذها ولی الدم لم یرجع المالک علی المستودع بشی ء، لأنه جنی و هو غیر مضمون.

و لو جنی العبد فی ید المالک بما یستغرق قیمته ثم غصبه غاصب فجنی فی یده بالمستغرق أیضا ففی التحریر بیع فی الجنایتین، و قسم ثمنه بینهما، و رجع المالک علی الغاصب بما أخذه الثانی، لأن الجنایه فی یده و إن کان للمجنی علیه أولا أخذه دون الثانی، لأن الذی أخذه المالک من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنی علیه ثانیا، فلا یتعلق به حقه، و یتعلق به حق الأول، لأنه بدل عن قیمه الجانی.

و لو مات العبد فی ید الغاصب فعلیه قیمته بینهما، و یرجع المالک علی الغاصب بنصف القیمه، لأنه ضامن للجنایه الثانیه، و یکون للمجنی علیه أولا أن یأخذ کما قلناه، فتأمل جیدا، فان بعضه لا یخلو من بحث، و الله العالم.

و لو زادت قیمه المملوک بالجنایه التی لا مقدر لها شرعا رده و لا شی ء علیه للأصل، کالسمن المفرط فی نحو العبد و الجاریه مما لا یقصد فیه اللحم، بلا خلاف أجده فیه، لکن عن المبسوط فیما لو حلق لحیه الأمه فلم تنبت من دون غصب فزادت قیمتها، قال: نعتبرها بعبد إن زالت لحیته نقصت قیمته. و عن أبی العباس و ثانی الشهیدین فیها الحکومه، و فیه أنه لا دلیل علیه، کما تعرفه فی الدیات إنشاء الله.

أما لو کان لها مقدر کالخصاء أو قطع الإصبع الزائد المقدرین بتمام القیمه و ثلث دیه الإصبع الأصلیه رده مع دیه الجنایه

كما عن الشيخ و غيره، بل فى الكفايه أنه المشهور لأنها مقدره فيتناوله دليلها و إن لم تنقص القيمه.

نعم قد يشكل ذلك من الشيخ إذا فرض استيعاب القيمه بأنه لا يوافق ما سمعته منه من تخيير المالك بين الرد و أخذ القيمه و بين الإمساك و لا- شى ء له، فيتجه فى المقام ذلك لا- الرد مع المقدر، بل عن موضع من مبسوطه التصريح بذلك، و فيه ما عرفت سابقا.

كما أن ما فى القواعد- من أنه لا شى ء فى قطع الإصبع الزائده كالسمن المفرط- لا يخفى عليك ما فيه، لما عرفت من أن لها مقدرا بخلافه.

نعم فى محكى التحرير لو سقط ذو المقدر بآفه سماويه و كان تزيد به القيمه لا شى ء، بل فى القواعد ذلك أيضا، إلا أنه قال: على إشكال، لكن عن التذكره و الإيضاح أن الأقرب وجوب القيمه، بل فى جامع المقاصد أنه أصح، لأنه يضمن بالتلف تحت اليد العاديه كما يضمن بالجنايه، و كأنه مصادره، و التقدير للجنايه لا يقتضى التقدير لغيرها، كما أشرنا إليه سابقا، و الله العالم.

و على كل حال فلا يخفى أن البحث فى المدبر و المكاتب المشروط و المطلق الذى لم يؤد شيئا و أم الولد كالبحث فى القن ضروره اشتراك الجميع فى المملوكيه، نعم لو تحرر البعض جرى على كل من جزء الحر و الملك حكمه، كما هو واضح، و الله العالم.

و إذا تعذر عاده تسليم المغصوب دفع الغاصب البدل مثلا أو قيمه و يملكه المغصوب منه و لا يملك الغاصب العين المغصوبه، و لو عادت كان لكل منهما الرجوع كما صرح بذلك كله غير واحد من أساطين الأصحاب. كالشيخ و ابن إدريس و الفاضل و الشهيد و الكركى

و غيرهم، بل فى المسالك نسبته إليهم مشعرا بالاتفاق عليه، بل فى محكى الخلاف و الغنيه نفى الخلاف عن ملك المغصوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين.

نعم فى قواعد الفاضل ما صار سببا للوسوسه فى الحكم المزبور، فإنه قال فى موضع منها: «و لو أبق العبد ضمن فى الحال القيمه للحيلوله، فإن عاد ترادا، و للغاصب حبس العين إلى أن يرد القيمه عليه على إشكال.

فإن تلف العبد محبوسا فالأقرب ضمان قيمته الآن و استرجاع الأولى» و قال فى آخر: «و يجب رد العين ما دامت باقيه، فان تعذر دفع الغاصب البدل، و يملكه المغصوب منه، و لا يملك الغاصب العين المغصوبه. فإن عاد فلكل منهما الرجوع، و هل يجبر على إعاده البدل لو طلبه الغاصب؟

إشكال».

لكن فى جامع المقاصد بعد أن شرح العباره الأولى قال: «و اعلم أن هنا إشكالا، فإنه كيف تجب القيمه و يملكها بالأخذ و يبقى العبد على ملكه؟! و جعلها فى مقابل الحيلوله لا- يكاد يتضح معناه». و قال فى شرح الأخرى: «و مقتضى كلامهم أن تملكه للحيلوله يقتضى أن لا يكون فى مقابل العين المغصوبه، و تحقيقه لا يخلو من إشكال».

و تبعه ثانى الشهيدين، حيث إنه بعد أن ذكر بقاء العين المغصوبه على ملك المالك و أن ملك القيمه للحيلوله قال: «هكذا أطلقوه، و لا- يخلو من إشكال، من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملك المالك من غير دليل واضح، و لو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلا- أو توقف ملك المغصوب منه للبدل على اليأس من العين و إن جاز له التصرف فيه كان وجها فى المسأله». و استحسنه فى الكفايه.

قلت: لكنه مخالف لما عرفته من الاتفاق المؤيد بمعلوميه عدم

اعتبـار توقـف ملکیه المالـک القیمه علی الغـاصب علی خروج المغصـوب عن قـابلیه التملـک بموت و نحوه، کمـا یومئ إلیه ما دل(۱)علی الضـمان بالضـیاع و السـرقه و نحوهمـا فی الأـمین المفرط، فـان المـال لم یخرج بـذلک عن قـابلیه التملـک، بـل من المقطوع به الضمان فی نحو الوقوع فی بحر و نحوه مما یحصل معه الیأس من الرجوع، و لیس هو حینئذ إلا من ضمان الحیلوله.

بل أدله الضمان التی منها

«علی الید»(۲)

شامله لذلک قطعا، فهی حینئذ مقتضیه لملک المالک القیمه، ضـروره کونه معنی ضـمانها الذی هو شغل الذمه بالمثل أو القیمه علی نحو اشتغالها به لو تلف،

کما یقضی به إطلاق الضمان علیهما نصا(۳)و فتوی، فحینئذ یکون مملوکا علیه ذلک، کما أنه مملوک للمالک. فهو بالنسبه إلی ذلک کالـدین الذی لا ریب فی ملکه لصاحبه إذا دفعه إلیه، فالقیمه المدفوعه حینئذ مملوکه و العین باقیه علی الملک للأصل، و لأنها مغصوبه، و کل مغصوب مردود، و أخذ القیمه غرامه للدلیل الشرعی لا ینافی ذلک.

علی أن دفع البـدل للحیلوله إن لم یکن علی وجه الملکیه للمالـک لم یجـد فی دفع ضـرر المالـک، بـل ربمـا یکون ضـررا علیه بوجوب حفظه و نحوه علیه، کمـا أن جواز التصـرف فیه إن لم یکن علی وجه یشـمل مـا یعتبر فیه الملـک کـذلک أیضـا، فلیس حینئذ إلا الملکیه التی لا تستلزم خروج المبدل عنه عن ملک الأول، بل لعل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۴):

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب الودیعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱ و ۳- من کتاب العاریه.

۴- ۴ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

«حتی تؤدی»

ظاهر فی خلافه.

مضافا إلی أصاله بقائه علی ملکه و إلی ما عرفته من الاتفاق علیه، و لذا لم یذکروا خلافا بل و لا إشکال فی ملک نمائه المنفصل له، و دعوی أنه من الجمع بین العوض و المعوض عنه الممنوع منه شرعا واضحه الفساد، بل هی مجرد مصادره.

و بذلک کله ظهر لک أن للمغصوب أحوالا ثلاثه: (أحدها) حال وجود العین علی وجه یتمکن من ردها إلی مالکها فلیس علیه إلا وجوب الرد، و إطلاق الضمان علیه علی معنی دخوله فی ضمانه لو حصل سببه، و هو التلف أو الضیاع أو نحوهما مما یشمل الحیلوله.

و (الثانی) ذلک أیضا إلا أنه یتعذر أو یتعسر ردها، فعلیه ضمان قیمتها تحقیقا لا تقدیرا، و هو المسمی بضمان الحیلوله، و معه یملک المغصوب منه القیمه المضمونه علیه باعتبار کونها کالدین علی الغاصب، فیملکها من هو له و إن بقیت العین مملوکه له أیضا للأصل و غیره مما عرفت.

(الثالث) حال تلف العین و خروجها عن قابلیه الملک بموت و نحوه، فیتعلق مثلها أو قیمتها فی ذمه الغاصب تعلق الدیون.

و لیس فی کلام الفاضل فی القواعد الذی ذکرناه منافاه لشی ء من ذلک، بل هو صریح کلامه کغیره من الأصحاب علی وجه لم یعرف فیه خلاف بینهم، و انما إشکاله فی حبس الغاصب العین إلی أن یقبض ما دفعه من بدل الحیلوله، باعتبار کونه کالمعاوضه التی لکل من المتعاوضین حبس العوض علی الآخر حتی یحصل التقابض.

و الأقوی خلافه، ضروره عدم المعاوضه التی مقتضاها ذلک فی المقام و إن کانت هی معاوضه معنویه، فلیست هی إلا نحو من کانت عنده عین لمن له عنده کذلک، فإنه لیس له الحبس کما هو واضح. خصوصا

بعد

قوله (علیه السلام)(۱): «المغصوب مردود»

و الفرض بقاؤه. و إشكاله أيضا فی جبر إعاده المالک البدل لو طلبه الغاصب منه باعتبار ملكه له، و الأصل اللزوم، و لتوقف تمام البدليه علی تماميه الملک التی منها عدم تسلط الغاصب عليه بنحو ذلک.

بل فی الإيضاح «لو كان بحيث يجبر علی الرد لكان نقصا فی البـدليه، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه» و إن كان فيه أنه مع خروجه عن ملک المغصوب منه لا يجب

عليه إعادته قطعا، بل عنه فی الحاشيه دعوی الإجماع عليه. فلا مانع حينئذ من رغبه المعاملين فيه.

نعم قد يقال: إن مقتضی

قوله (صلی الله عليه و آله)(۲): «حتی تؤدی»

مضافا إلی الاتفاق ظاهرا أن ملک المغصوب منه متزلزل، بمعنی كونه مراعی بعود المال، فينفسخ الملک حينئذ قهرا بالأداء الذی هو غايه الضمان.

و من هنا جزم فی التذكره بأن القيمه المدفوعه يملكها المغصوب منه ملكا مراعی بالحيلوله، فيزول بزوالها، و فی جامع المقاصـد هو واضح، بل هو الذی جزم به فی القواعد أولا فقال: «يترادا».

و من هنـا تعجب الكركی منه، فقـال: «و العجب أن المصـنف جزم فيمـا سـبق بـالتراد و تردد فی أن للغاصب حبس العين الی أن يأخـذ البـدل، و من هنا تردد فی إجبار المالک علی الـدفع لو طلبه الغاصب، و ينبغی عدم التردد فی وجوب الرد حينئذ، لأن هذا الملک ثبت علی طريق القهر،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحديث ۴ من كتاب الخمس، و فيه « الغصب كله مردود».

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴. و سنن البيهقی ج ۶ ص ۹۵.

لأجل عـدم وصول ملك المالك إليه، فإن كان على جهه البدليه فإذا اسـتحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب اليه، لامتناع زوال البـدليه و عـدم رجوع كل من البـدلين الى مالكه، و إن كان على جهه الحيلوله فقـد زالت، فلا وجه لعـدم الرد أصـلا، لأن الحال دائر بين الأمرين» إلى آخره.

و إن كان يرفع عجبه ما ذكرناه من احتمال تماميه ملك المالك لما أخذه على وجه لا تسـلط للغاصب على فسـخه، فان له الرضا بما قبضه عوضا عن ماله كما عرفت.

و على كـل حـال فلاـ إشـكال- بنـاء على مـا ذكرنا- في أن للغاصب التسـلط على جبره على رده حينئـذ، لكن رد عينه خاصه أو بدلها، لانمائها المنفصل الذى صار في ملكه، أما المتصل فيرده مع العين على حسب غيره مما يملك متزلزلا.

و على هذا يكون معنى

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

بيان أن أخذها موجب لضـمان ما أخذته بتلف أو حيلوله مثلا أو قيمه حتى تؤدى العين، إلا أنه لا وجود للغايه مع التلف، فيستقر الملك على المضمون بخلاف الحيلوله، فإن الغايه محتمله الحصول،

فـإذا حصـلت ارتفـع ضـمانها السـابق و اللاـحق، على معنى رجوع مـا دفعه من المثـل و القيمه بسـبب الضـمان إليه، مؤيـدا ذلك بمعلوميه أن ما دفعه بسبب ضمانه قد كان بدلا عن العين، لمكان الحيلوله، فيعود إلى صاحبه بعود المبدل إلى صاحبه.

و احتمـال عـدم اسـتحقاقه- العود باعتبـار أنه دفعه غرامه شـرعيه، و خصوصا مع تلف عينه، و يكون ذلك هو وجه الإشـكال في عباره

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

الفاضل- واضح الفساد. ضروره منافاته للاتفاق ظاهرا، بل هو قد صرح فی المقامین بالتراد. و للبدلیه التی ذکرناها، و للغایه التی فسرناها و للاعتبار، بل لا یبعد کونه من الجمع بین العوض و المعوض الممنوع، فلیس إشکاله حینئذ إلا فی تسلط الغاصب علی جبره علی ذلک، أو أن له الرضا به عوضا عما غصب منه.

و الأقوی بناء علی ما ذکرناه أن له جبره، بل فی احتمال أن له الحبس حتی یدفع إلیه، لأنه و إن لم یکن معاوضه حقیقه فهو کالمعاوضه و إن کان الأصح خلافه کما ذکرناه. فلو حبسه و تلف کان ضامنا لقیمته الآن و یرجع بما دفعه أولا.

بل یقوی ذلک و إن قلنا بجواز حبسه، کما هو ظاهر عباره القواعد السابقه، و ذلک لأن حکم الغصب قد زال علی تقدیر جواز الحبس، فهی ید غیر الأولی، لکونها مستحقه، إلا أنها ید ضمان أیضا، کالقبض بالسوم، لأنه الأصل فی کل ید قد استولت علی مال الغیر إلا ما خرج من الودیعه و اللقطه و نحوها، کما حررناه غیر مره.

و من هنا جعل الضمان فی المقام بقیمته یوم التلف، مع أن مذهبه ضمان المغصوب بأعلی القیم، إذ لیس هو إلا لخروج الید عن حکم الغصب باستحقاق الحبس و وجوب رد المالک القیمه الأولی.

و بذلک یظهر لک ما فی المحکی عن السید العمید فی شرحه للعباره، قال: «هذا إنما یتمشی علی وجوب قیمه یوم التلف، أما لو أوجبنا الأکثر کان له الأکثر من القیمتین الأولی و الثانیه».

و إن وجهه فی جامع المقاصد بأنه إن کان الأقل هو القیمه الأولی فقد دفعها عوضا عن العین باستحقاق، فلا یجب ما سواها، و إن کان الأقل هو الثانیه فهی المستحقه بالتلف، لأن الأولی للحیلوله،

و قد زالت بجواز الحبس.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه و بعد الإغضاء عن لفظ «الأقل» فى كلامه الذى قيل إنه من سهو القلم و إلا فالمراد «الأكثر» بل فى جامع المقاصد بعد التوجيه المزبور قال: «و فيه نظر، لأن المدفوع للحيلوله لم يكن عوضا عن العين قطعا، و لهذا لا تخرج بذلك عن ملك المالك، و لا يستقر ملكه على المدفوع حيث كانت العين باقيه على ملك المالك مضمونه على الغاصب، و خرج بجواز الحبس إلى أن يقبض القيمه عن كونه غاصبا، فوجبت قيمته يوم التلف».

و إن كان قد يناقش بإمكان بقاء حكم الغصب، و هو ضمان الأعلى للأصل، و إن خرج عن مسماه و عن الإثم ببقائه تحت يده، و الأمر سهل بعد أن كان المختار وجوب القيمه يوم التلف.

إلا أن المتجه فى المقام بناء على ذلك أنه يستقر ملك المالك على ما أخذه للحيلوله من القيمه إذا فرض اتحادها فى الزمانين، كما أنه يتجه مطالبه المالك بالزائد إذا فرض كونها أعلى يوم التلف، ضروره بقاؤها على ضمان الغاصب، أما إذا فرض العكس ففى تسلط الغاصب على استرجاع الزائد نظر، أقواه العدم، للأصل و لأن دفعه مستحقا عليه و غير ذلك. جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام ؛ ج ۳۷ ؛ ص۱۳۶

من هنا يتجه ما ذكره المعظم من ضمان أعلى القيم فى هذا القسم، بل يتجه أيضا ضمان ما يتلف من العين المغصوبه من النماء المتصل و المنفصل، كما جزم به فى جامع المقاصد، و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد من حيث إنه لم يدخل تحت يده التى هى سبب الضمان، لأن الفرض تجدده بعد دفع القيمه و براءته من العين، فأولى بأن يبرأ من النماء.

و فيه (أولا) أنه سبب تلفه على المالک. (و ثانيا) منع براءته من الضمان للعين فضلا عن نمائها للأصل، و لذا قلنا بوجوب القيمه عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيلوله، إذ الدفع لها لا يقتضى البراءه من الضمان، نعم لو فرض تلفها و لم يكن لها نماء و لا زادت قيمتها كانت قيمته يوم الحيلوله مجزئه،

إذ لا- يجب للعين الواحده قيمتان، اللهم إلا- أن يقال: إن ذلک كله داخل فى القيمه المدفوعه بدلا عنها، كالمنافع فى أحد القولين على ما ستسمع إنشاء الله.

بقى شى ء: و هو أنه لو أخذ المالک قيمه الحيلوله فى الأيدى المتعاقبه مثلا من الأول مثلا فاستحق هو الرجوع بما أداه للمالک على من حصلت الحيلوله فى يده من الأيدى المتأخره أمكن القول بملكه له متزلزلا- على حسب ملک المالک له لو رجع به ابتداء، و على حسب ملک ما دفعه هو إليه، لأنه يأخذه بدلا عما دفعه للمالک باعتبار حصول المغصوب فى يده، فيملكه على حسب ملک المالک لما أخذه منه، فإذا عادت العين و رجعت الى المالک عاد هو بما دفعه للمالک، و عاد من كانت الحيلوله فى يده بما أخذه الغاصب الأول منه، إلا أن نماء الأول للمالک و نماء الثانى للغاصب.

و احتمال القول هنا بعدم جواز رجوع ذى اليد الأولى على من حصلت الحيلوله فى يده بل يختص الحكم فى خصوص التلف واضح الفساد، ضروره اتحاد المدرک فى الجميع كما لا نخفى على من أحاط خبرا بما ذكرناه فى مسأله الأيدى المتعاقبه.

ثم إن الحيلوله التى تبقى العين فيها على ملک المالک و إن ملک القيمه إنما هى مع معلوميه بقاء العين على ملک مالكها إلا أنه منع مانع من تسليمها، أما إذا كانت الحيلوله تقتضى زوال ملک المالک عنها فى ظاهر

الشرع كالإقرار بالغصب بعد البيع و كالشهاده على أنها مال الغير و نحو ذلك مما يحكم به فى ظاهر الشرع أن العين لغير من أقر له المقر فإذا دفع القيمه للمالك فهل العين أيضا تبقى على ملك مالكها كالقسم الأول من الحيلوله أو تنزل هذه الحيلوله منزله التلف. فيملك الحائل إذا أدى للمالك العين التى حال بينها و بين مالكها بالإقرار؟ لم أجده محررا هنا، بل ظاهرهم فيما يأتى الأول، و لكن الثانى محتمل، و ربما يشهد له بعض الكلام السابق فى باب الإقرار، و الله العالم.

و كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى أن على الغاصب الأجره إن كان مما له أجره فى العاده من حين الغصب إلى حين دفع البدل بل الإجماع بقسميه عليه. لما عرفته فيما تقدم من ضمان كل ما فات فى يد الغاصب و لو بآفه سماويه، إذ المنافع أموال فتضمن كالأعيان.

نعم ظاهر قول المصنف و غيره: «فيما له أجره فى العاده» إخراج نحو غصب الغنم و المعز و الشجر، حيث لا منفعه له تستأجر عاده، كما عن المبسوط التصريح به، مع أنه قيل إن كلام الحلى و الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين فى كتاب الإجاره فى مسأله ما لو استأجر تفاحه للشم أو دراهم أو دنانير للزينه ينافى ذلك، إلا أن التحقيق خلافه و إن قلنا بصحه الإجاره فى مثلها، لكنها لا تعد عرفا إتلاف مال على الغاصب مع فرض عدم استعدادها لذلك.

نعم لو تعددت المنافع كالعبد الخياط و الحائك ففى القواعد و عن غيرها لزم أعلاها و ستسمع تحقيق ذلك عند تعرض المصنف له إنشاء الله تعالى.

بل قيل كما فى التذكره و محكى المبسوط و ظاهر غيرهما: إنه يضمن الأجره المزبوره إلى حين إعاده المغصوب فالمنافع المتجدده

بين دفع القيمه للحيلوله و بين رد العين أو تلفها مضـمونه و إن كان الأول أشبه عند المصنف بأصول المذهب و قواعده التى منها أصـل البراءه، و أن القيمه المـأخوذه منزله منزله المغصوب، فكـأنه عـاد اليه، بل هى الواجبه عليه، و قـد دفعها فبرأ، و أنه اسـتحق المالـك الانتفـاع بـالقيمه التى هى عوض و بـدل فى المعنى، فلم يبق له على الغـاصب حق فى ذلـك المال، و إلا لـم تكن فائـده للغاصب فى الدفع.

و لكن لاـ يخفى عليـك مـا فيه بعـد الإحـاطه بمـا ذكرنـاه من بقاء العين المغصوبه على ملك المالك، و على وجوب ردها على الغاصب مع التمكن، و على ضـمانها و ضـمان نمائها، و أن القيمه للحيلوله غرامه شـرعيه ثبتت بالأدله، و هى لا تقتضى براءه و لا تغييرا للحال الأول.

و من هنـا قال فى جامع المقاصـد: «إن الـذى يقتضـيه النظر الوجوب، لبقاء الغصب كما كان، نعم على القول بأن للغاصب حبس المغصوب إلى أن يقبض البـدل يتـأتى عـدم وجوب الأـجره بعـد دفعه» و إن كـان فيه إمكان القول بالوجوب حتى على التقـدير المزبور، ضـروره عـدم المنافاه بين البقاء على حكم الغصب بالنسـبه إلى ذلك كضـمان النماء و بين جواز الحبس له، كما أشـرنا إليه سابقا.

فالتحقيق الوجوب، و خصوصا إذا كان تعذر الرد ناشـئا عن اختيار الغاصب، بل قد يقال بوجوب الأجره حتى مع استمرار الاشتباه و عـدم معرفه كـون المغصوب باقيـا، أو تلف على وجه لاـ تكون له اجره إن لم يكن إجماعـا على خلاـفه للأصـل، فتأمـل. و الله العالم.

و لو غصب شـيئين ينقص قيمه كـل واحـد منهمـا إذا انفرد عن صاحبه كالخفين اللـذين قيمتهما مجتمعين مثلا عشـره و قيمه كل واحد منفردا ثلاثه فتلف أحدهما ضمن التالف بقيمته مجتمعا

و هو خمسه و رد الباقی و ما نقص من قیمته بالانفراد و هو اثنان بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، إلا من الشهید إن کان خلافا کما ستعرف، بل و لا إشکال، لضمان الغاصب کل نقص یکون فی یده علی المغصوب و لو من حیث الاجتماع و الانفراد الذین فرض مدخلیتهما فی القیمه.

و لکن فی اللمعه فی الفرض یضمن قیمه التالف مجتمعا، و هو یقضی بأنه لا یلزمه إلا خمسه، و لعله لأنه لم یتلف غیره، و لأن نقص الباقی نقص سوق، فلا یضمن.

و فیه أنه تلف مع صفه الاجتماع المشترکه بینهما، و الفرض ضمانها.

و نقص السوق الذی لم یضمن هو الذی لا یکون بسبب شی ء فی المغصوب و لو وصفا، لا المفروض الذی هو کفک ترکیب باب کما هو واضح.

و کذا الکلام لو شق ثوبا موضوعا علی الشق نصفین فنقصت قیمه کل واحد منهما منفردا ب واسطه الشق المزبور و إن لم ینقص مجموعهما، و لو لأن منفعه أحدهما متوقفه علی الآخر لصغر النصف عن الاستقلال و عدم وجود مماثل له ثم تلف أحدهما فإنه یغرم قیمه النصف الذاهب مجتمعا و یرد الباقی مع أرش نقصانه الحاصل بالانفراد، إذ هو حینئذ کمسأله الخفین و إن أوهم التعبیر خلافه، إلا أن التشبیه بهما شاهد علی ما ذکرناه.

نعم لو فرض مع ذلک حصول نقص علیهما بالشق ضمنه أیضا حتی لو ردهما، و هو واضح کوضوح عدم شی ء علیه غیر التغریر لو ردهما، و الفرض عدم نقص قیمتهما بالشق.

أما لو أخذ فردا من خفین یساویان عشره مثلا ف أتلفه أو تلف فی یده و بقی الآخر فی ید المالک ناقصا عن قیمته (۱۱) مجتمعا بسبب الانفراد (۱۲) الحاصل له بعد غصب الآخر رد قیمه التالف

لو كان منضما إلى صاحبه بلا خلاف. إذ هو كما لو أتلف رجل أحدهما و الآخر الآخر.

نعم فى ضمان ما نقص من قيمه الآخر تردد كما فى محكى التحرير، من أنه لم يدخل تحت يده كى يكون مضمونا عليه كالأول، و من عدم انحصار الضمان فى الغصب، بل من التسبب الصادق فى المقام، كحبس المالك عن ماشيته، و قواه فى محكى الإيضاح و جامع المقاصد، و فى المسالك هو الأصح، كفك أجزاء الباب و السرير و نحوهما مما لم يعتبر فيهما إلا الجزء الصورى الذى هو كالاجتماع فى زوجى الباب و الخف.

إلا أنه قد عرفت تحقيق الحال عندنا فى مثل الضمان بذلك و نحوه مما لم يتضح لنا اندراجه فى المستفاد من نصوص الضمان به، و الأصل البراءه.

و على الأول يكون المضمون حينئذ سبعه، و على الثانى خمسه، و يحتمل كونه ثلاثه و إن لم أجد به قائلا، باعتبار أنه قيمه المتلف، لأن تلفه فى يده لم يكن إلا حاله التفريق، فمع فرض اعتبار قيمه يوم التلف يتجه ضمان الثلاثه التى هى قيمته.

و فيه أن ضمان الخمسه باعتبار تلفه عنده مضمونا عليه منضما، لأن الفرض غصبه كذلك، و أما الاثنان فضمانهما على تقدير القول به من التسبب الذى لا ينافى ضمان القيمه يوم التلف.

و من هنا لم يقطع لو أخذه على وجه السرقه، و كان قيمته مع نقصان الثانى نصابا. بل عن التذكره الإجماع عليه، قال فيها: «لو أخذ أحدهما على صوره السرقه و قيمته مع نقصان الثانى نصاب لم يقطع إجماعا، لأن الزائد إنما ضمنه فى ذمته بتفريقه بين الخفين، فكان كما لو ذبح شاه

تساوی ربع دینار فی الحرز ثم أخرجها و قیمتها أقل، فإنه لا یقطع، فکذا هنا».

قلت: لا- إشکال فی عدم القطع بالنقصان فی الثانی المفروض تتمه النصاب به، لعدم کونه من السرقه، إنما الکلام فی نقصان المسروق نفسه، و الظاهر عدمه أیضا، لأن نقصانه و إن کان مضمونا علیه لکنه غیر داخل فی المسروق نفسه، فتأمل جیدا، و الله العالم.

و کیف کان فلا خلاف عندنا و لا إشکال فی أنه لا یملک الغاصب العین المغصوبه بتغییرها بعمل من الأعمال و إخراجها عن الاسم و المنفعه سواء کان ذلک بفعل الغاصب أو فعل غیره، کالحنطه تطحن، و الکتان یغزل و ینسج للأصل و الإجماع بقسمیه، خلافا لأبی حنیفه، کما قدمنا الکلام فیه سابقا، و لا شی ء للغاصب عن عمله الذی هو غیر محترم بسبب عدم الاذن فیه و إن زادت به القیمه، بل إن کان مما یمکن رده إلی الحاله الأولی و أراد المالک رده وجب علی الغاصب ذلک، و یضمن أرش النقص إن کان.

نعم لو یرضی المالک ببقائه علی الحاله لم یکن له رده، لحرمه التصرف فی مال الغیر، بل هو کذلک مع الجهل بحاله أیضا، کما أنه للمالک إذا لم یمکن رده کطحن الحنطه، و أرش نقصه إن فرض علی الغاصب، و ذلک کله واضح.

و لو غصب مأکولا- مثلا فأطعمه المالک بأن قال له: هذا ملکی و طعامی أو قدمه إلیه ضیافه أو نحو ذلک مما یتحقق به الغرور منه أو شاه فاستدعاه و ذبحها مع جهل المالک ضمن الغاصب بلا خلاف و لا إشکال و إن کان المالک المباشر للإتلاف و لتسلم المال، إلا أنه لیس تسلیما تاما یتصرف به المالک تصرف الملاک فی أملاکهم

علی أنه مال له.

و کـذا لو أودعه المالـک أو آجره إیـاه أو أعاره إیاه عاریه غیر مضـمونه أو أرهنه. فان التسـلیم فی ذلک کله غیر تام و باق علی ضمان الغاصب و لو للشک فی صـدق الأداء معه. بل قـد یشک فی صدقه مع تعمیم الانتفاع مع عدم التملیک اللازم، لعدم کون یده حینئذ ید مالک، کما کانت علی المغصوب.

نعم لو وهبه المالک هبه لازمه أو أقرضه له کان تسلیما تاما، و من هنا لو دفع الیه عوض حقه الثابت علیه علی سبیل الهبه اللازمه فأخذه المالک علی هذا الوجه و نوی الدافع عن حقه کان وفاء علی الأقوی کما عن التذکره.

بل صـرح غیر واحـد بالاکتفاء فی ذلک بالإهـداء، و مقتضاه جریان مثله فی المقام، ضـروره عـدم الفرق بین الغاصب و المدیون بالنسبه إلی ذلک بعد أن کان الاعتبار بنیته فی التشخیص دون الدیان، و لذا یجب علیه القبول لو بذله، و لا یشترط فی کل منهما الاعلام بکونه الدین أو المغصوب بعد الاستیلاء التام علی وجه الملکیه التامه، و لذا اکتفی الأصحاب بالدس فی المال علی وجه یکون فی یده علی أنه من أمواله، و بالجمله فالمدار علی صدق الأداء فی المقام.

بـل فی القواعـد أنه «لو أمر الغـاصب المالک بالأکل مع جهله بالحال فباعه أو بالعکس فالأقرب زوال الضـمان» لأنه قـد تصـرف باختیـاره لاـ بقول الغـاصب، فصادف التصـرف ملکه، و لأن العین لو کانت مملوکه للغاصب لکان علی المتصـرف بمخالفه الآمر الضمان، و کل ما یقتضی الضمان علی تقدیر الملک لا یتصور فیه الغرور، إذ تغریره إنما هو بکونه ملکا له. و علی تقدیر الملک فالضمان ثابت، و به جزم الکرکی.

لكن قد يناقش بأنه- و إن كان غير مغرور- لا يصدق عليه أنه أدى المال، و الأصل بقاء الضمان، و كذا لو غصبه من الغاصب و أتلفه بنيه العدوان منه.

اللهم إلا أن يقال: إنه و إن كان لا يصدق على تسليمه أنه أداء إلا أنه صار فى عهده المالک لو كان مملوكا لغيره، و مثله يسقط الضمان على من عليه الضمان و لو لظهور أدله الضمان فى غير الفرض، أو غير ذلک.

و على كل حال فلا إشكال فى الضمان فى مفروض المتن، لأن المباشره ضعيفه بالغرور المانع عن استتباع الضمان المقتضى لعدم غرم الغاصب، و حينئذ فالسبب أقوى فى الإتلاف الموجب للضمان، بل هو المستقر عليه لعدم تعقل ضمان المالک لماله و إن قلنا بضمان المغرور فى غير المقام، كما صرح به من تعرض له من الأصحاب من غير نقل خلاف؛ بل عن التذكره أنه الذى يقتضيه مذهبنا.

لكن فى القواعد «لو زوج الجاريه من المالک فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد و برأ الغاصب، و فى الأرش إشكال».

و فيه منع براءته من الضمان مع عدم العلم بالحال، فلو تلفت قبل ظهور الحال و هى بيد المالک على أنها زوجه و هى مملوكه للغاصب لم يبرأ، لكون التسليم غير تام، كما أن فيه أيضا منع الإشكال فى الأرش سواء قلنا: إنه أرش ما ينقص منها بالولاده أو أنه تفاوت ما بين قيمتها طلقا و قيمتها أم ولد محتمل البقاء و الموت، و لذا لا يعاد على الغاصب لو مات الولد، لأن العيب الذى ثبت لم يزل، و إنما انقطع بعد مده و المأخوذ أرشا إنما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه و عروض زواله. أو أن الأرش هنا مهر أمثالها أو العشر أو نصفه، ضروره كون المفروض من

مسأله الغرور التی قد عرفت عدم الخلاف فی ضمان الغاصب، بل هو أیضا ممن جزم بذلک، فالفرق بینهما غیر جید و لا واضح.

نعم إن أطعمه أی الطعام غیر المالک قیل و القائل غیر واحد: إن المالک یغرم أیهما شاء للمباشره و الغصب لکن إن أغرم الغاصب لم یرجع علی الآکل الذی هو مغرور له و إن أغرم الآکل رجع الآکل علی الغاصب لغروره الذی صار به مباشرته ضعیفه بالنسبه للسبب، فیکون قرار الضمان علیه.

و قیل و إن کنا لم نتحقق قائله منا بل یضمن الغاصب من رأس، و لا ضمان علی الآکل أصلا لأن فعل المباشر ضعیف عن التضمین بمظانه الاغترار، فکان السبب أقوی نعم هو قول الشافعی فی القدیم و بعض کتب الجدید، و المشهور عند الشافعیه الأول، و هو الأصح، لأن ضعف المباشره لا یبلغ حدا ینتفی به الرجوع علیه مع کونه متصرفا فی مال الغیر و متلفا له علی وجه یندرج فی قاعده «من أتلف مال غیره فهو له ضامن» و لکن ینجبر غروره برجوعه علی الغار، بل لعل

قوله (علیه السلام)(۱): «المغرور یرجع علی من غره»

ظاهر فی ذلک کما تقدم الکلام فیه سابقا، و الله العالم.

و لو غصب فحلا فأنزاه علی الأنثی کان الولد لصاحب الأنثی و إن کانت للغاصب کما صرح به الشیخ و الحلی و الفاضل و الشهیدان

۱- ۱ لم نعثر علی هذا النص من أحد المعصومین علیهم السلام. و إن حکی عن المحقق الثانی قده فی حاشیه الإرشاد أنه نسب ذلک إلی النبی الأکرم صلی الله علیه و آله. و الظاهر أنه قاعده فقهیه مستفاده من عده روایات ورد بعضها فی التدلیس. راجع الوسائل- الباب- ۷- من أبواب العیوب و التدلیس- الحدیث ۵ من کتاب النکاح و الباب- ۲- منها- الحدیث ۲ و المستدرک- الباب- ۱- منها- الحدیث ۵.

و الکرکی و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم، بل فی جامع المقاصد الإجماع علیه علی الظاهر، و فی المسالک و غیرها نفی الخلاف فیه، بل یمکن تحصیل القطع به من السیره المستمره فی سائر الأعصار و الأمصار علی تبعیه الولد فی غیر الإنسان للأنثی من غیر فرق بین الغاصب و غیره.

فتأمل بعض الناس فیه- بأن الولد من الفحل، فلا یکاد یوجد الفرق بینه و بین الحب إذا نبت فی أرض الغیر- فی غیر محله، إذ هو کالاجتهاد فی مقابله النص، علی أنه قیل: یمکن الفرق بأن النطفه لا قیمه لها، و لیست مملوکه بعد انفصالها، و لا واجبه الرد إلی مالک الفحل، و النشوء و النماء من الأنثی، و لا کذلک الحب، فإنه مملوک له قیمه، و یجب رده، و إن کان فیه ما فیه، و الله العالم.

و کذا لا خلاف و لا إشکال فی أنه لو نقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب النقص کما فی غیره من الأعیان المغصوبه و علیه أجره الضراب عند أهل البیت (علیهم السلام) کما فی محکی السرائر، بل فیه «ما قاله شیخنا فی مبسوطه من أن اجره الفحل لا تجب علی الغاصب، لأن

النبی (صلی الله علیه و آله) نهی عن کسب الفحل(۱)

فهو حکایه مذهب المخالفین، فلا یتوهم متوهم أنه اعتقاده» و لکن مع ذلک فی المتن و غیره قال الشیخ فی المبسوط:

لا یضمن الأجره.

و علی کل حال فلا ریب فی أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، بل لا أجد فیه خلافا إلا من الشیخ إن کان لأنها عندنا لیست محرمه و عن مکاسب التذکره و نهایه الأحکام نسبته إلی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۳ و فیه «نهی رسول الله صلی الله علیه و آله عن عسیب الفحل و هو أجر الضراب» و فی المبسوط ج ۳ ص ۹۶.

علمائنا، فتكون حينئذ منفعته محلله مضمونه عليه.

بل قد يقال بضمانها بفواتها تحت يده و إن لم يستوفها، بل ينبغى الجزم به إذا كان مما يعتاد استئجاره لذلك، أما مع عدمه فلا يخلو من إشكال، إذ صحه الإجاره أعم من الضمان بالغصب، و إلا لوجب على من غصب تفاحه أجرتها للشم أو دراهم أو دنانير أجرتها للزينه بناء على صحه الاستئجار لذلك و التزامه فى غايه البعد، لعدم صدق فوات المال، و لعله لذا قيد المصنف و غيره ضمان الأجره بما إذا كان المغصوب مما له أجره فى العاده.

و على كل حال فعلى الغاصب أجره الضراب، لما عرفت، و

النبوى المروى فى غير طرقنا(۱)من أنه نهى (صلى الله عليه و آله) عن عسب الفحل،

أى ماؤه و ضرابه محمول على الكراهه أو على بيع مائه، فلا إشكال فى الحكم حينئذ، و الله العالم.

و لو غصب ما له أجره و بقى فى يده حتى نقص كالثوب يخلق و الدابه تهزل لزمه الأجره و الأرش و لم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أو لم يكن بلا خلاف و لا إشكال فى الأخير، و إن قالوا لو انتقص العبد بسقوط عضو منه مثلا بآفه يضمن الأرش و الأجره لما قبله سليما و لما بعده ناقصا، إذ لا يعقل اجره شى ء معدوم بعد عدمه.

أما الأول و هو الذى يكون نقصه باستعماله فهو الذى صرح به الشيخ و الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا، لأصاله عدم تداخل الأسباب، إذ فوات الأجزاء فى يد الغاصب سبب لضمانها، و الانتفاع سبب آخر لضمان الأجره، فلا يتداخلان كالأول، لكن فى القواعد و الدروس احتمال وجوب الأكثر من الأرش و الأجره،

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۵ ص ۳۳۹.

و هو الضعيف من وجهى الشافعى.

و أضعف منه تعليله بأن النقصان نشأ من الاستعمال، و قد قوبل بالأجره، فلا يجب له ضمان آخر، و إلا لوجب ضمانان لشى ء واحد.

و لأن نقص الأجزاء ملحوظ فى الأجره، و لذا لم يضمنها المستأجر بل و المستعير، و لأن ما ينقص بالاستعمال تعتبر أجرته زائده على ما لا ينقص به، فلولا كونها ملحوظه لم تتحقق الزياده، إذ كل ذلك لا يقتضى الأكثر المزبور، و إنما يقتضى دخول الأرش فى الأجره.

مع ما فى الأول من أن الأجره لم تجب للاستعمال، و انما تجب لفوات المنفعه على المالك، فتجب و إن لم تستعمل، كما أنها تجب و إن لم يفت شى ء من الأجزاء، فلم يجب ضمانان لشى ء واحد.

و فى الثانى إنا نمنع لحظ الأجزاء الناقصه فى الأجره، و لم لا يكون سقوط ضمانها للإذن فى الاستعمال الشامل لإتلافها كالمستعير، و ثبوت الزياده المذكوره غير معلوم، و بتقديرها لا يدل على التداخل، كما أنه مع فرض الملاحظه لا تداخل أيضا، و الله العالم.

و لو أغلى الزيت مثلا فنقص وزنه ضمن النقصان و إن لم تنقص القيمه بلا خلاف أجده بين الخاصه و العامه، بل و إن زادت قيمته على ما قبل الغليان، لأنه مثلى يضمن بمثله، و عمله الذى قد زاد به الواقع تبرعا لا يقوم مقام ذلك. فما فى المسالك من احتمال الرد و لا غرامه- لأن ما فيه من الزياده و النقصان يستندان الى سبب واحد، فينجبر النقصان بالزياده- واضح الضعف، لما عرفت.

و إن نقصت قيمته دون عينه رده مع أرش النقصان الذى هو مضمون عليه بالغصب.

و إن نقصا معا رد مثل الناقص مع الباقى، إلا إذا كان ما نقص

من القيمه أكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع مثل الذاهب أرش نقصان الباقى، لأن الفرض عدم عود القيمه بعود الكميه الأولى.

و لو لم ينقصا معا رده، و لا شى ء عليه كما هو واضح.

و لو أغلى عصيرا فنقص وزنه قال الشيخ فى محكى المبسوط بل و الخلاف و إن كنا لم نتحققه لا يلزمه ضمان النقيصه، لأنها نقيصه الرطوبه التى لا قيمه لها إذ النار تعقد أجزاء العصير، و لهذا تزيد حلاوته بخلاف الأولى.

و فى الفرق تردد بل منع، و لذا كان أكثر المتأخرين أو جميعهم على خلافه، و ذلك لأن الواقع نقص محسوس فى العين فيجب بدله، مع منع معلوميه كون الذاهب أجزاء مائيه خاصه بخلاف الزيت و إن تفاوتا بالقله و الكثره.

و كذا يضمن النقص لو خلل العصير و نقصت عينه دون قيمته، بل و كذا إذا صار الرطب تمرا و العنب زبيبا و اللبن جبنا أو سمنا أو زبدا، و لعله لأن الجميع مثلى و قد نقص نقيصه حسيه فيضمن و إن زادت قيمته فى الحال الآخر الذى هو الأقل، نعم قد يشكل الضمان بالمثل باعتبار عدم المثل للأجزاء التالفه، فيتعين القيمه، و الله العالم.

[النظر الثالث فی اللواحق]

اشاره

النظر الثالث فی اللواحق و هی نوعان: (النوع خ)

[النوع الأول فی لواحق الأحکام]

اشاره

الأول فی لواحق الأحکام، و هی مسائل:

[المسأله الأولی إذا زادت قیمه المغصوب بفعل الغاصب]

الأولی إذا زادت قیمه المغصوب بفعل الغاصب أو غیره فیه صنعه اقتضت تلک الزیاده فإن کانت تلک الصنعه أثرا محضا لا عینا کتعلیم الصنعه و خیاطه الثوب بخیوط المالک و نسج الغزل و طحن الطعام و صیاغه النقره رده و لا شی ء له بلا خلاف و لا إشکال، لعدم احترام العمل بغیر إذن من المالک، بل کانت تلک الصفات من توابع مال المالک، فلو أتلفها أو تلفت فی یده کان ضامنا لها، کما تسمع تحقیقه إنشاء الله تعالی عند تعرض المصنف له.

و لو (و إن خ ل) نقصت قیمته أی المغصوب بشی ء من ذلک ضمن الأرش لما عرفته مکررا من کون ید الغاصب ید ضمان، کما عرفت فیما تقدم أنه إن لم یمکن رده الی الحاله الأولی رده الی مالکه بحاله مع أرش النقصان إن کان. و إن أمکن رده الی الحاله

الأولی، فإن رضی به المالک لم یکن للغاصب رده إلی ما کان، و إن ألزمه الرد إلی الحاله الأولی لزمه ذلک مع أرش النقص عما کان قبل تلک الزیاده، و لا یجبر علی رفاء الثوب الذی شقه و إصلاح الإناء الذی کسره مع الأرش بعد ذلک، للأصل و لأنه لا یعود إلی ما کان بذلک، بل یضمن الأرش خاصه، کما أنه لا یضمن تلک الزیاده بتلک الصنعه بعد الأمر له بالرد المقتضی لإتلافها، و إنما یضمن ما نقص من قیمه أصل النقره بالکسر.

کما صرح بذلک کله الفاضل فی القواعد، قال فیها: «و لو صاغ النقره حلیا ردها کذلک، فلو کسر ضمن الصنعه، و للمالک إجباره علی ردها نقره، و لا یضمن أرش الصنعه، و یضمن ما نقص من قیمه أصل النقره» و نحوه المحکی عن التحریر و الدروس و غیرهما.

لکن قد یشکل (أولا) أصل الإجبار بعد عدم الضرر علی المالک و الضرر علی الغاصب بقاعده نفی الضرر و الضرار مع منع عدم صدق التأدیه بنحو ذلک.

و یدفع بقاعده تسلط الناس علی أموالهم، و هو الذی أدخل الضرر علی نفسه بتعدیه، و بأنه لا ریب فی عدم تأدیته کما غصب، و هو واضح.

و (ثانیا) بأنه لا فرق بین أصل النقره و بین الصنعه بعد صیرورتها ملکا للمالک، فان کان الأمر بالرد إذنا بإذهابها فلا تضمن فکذلک هو إذن فی النقصان بعد فرض لزومه لردها نقره.

و احتمال الفرق- بأن الصیاغه جنایه من الغاصب علی مال المالک و النقص بالکسر مسبب عنها فیضمنه، و أمر المالک بإعاده العین کما کانت لا یقتضی سقوط الضمان، لبقاء الغصب المقتضی للضمان إلی حصول التسلیم التام حتی لو تلفت العین فی حال ردها إلی البلد و قد أمره

بـذلك، بخلاف الصـنعه التى لم تكن العين عليها فى وقت الغصب و لم تسـتقر للمالك فى ذمه الغاصب- يقتضـى عـدم ضـمانه الصـنعه حتى لو تعمـد إتلافها، لعـدم دخولها ابتـداء تحت يـد ضـمانه، بل يقتضـى عدم الضـمان لو أعلف الدابه المغصوبه حتى سمنت و قد كانت فى مكان بعيد ثم أمره المالك برده فورا على وجه يستلزم فوات سمنها، بل قد يقال: إنه يقتضى عدم الضمان لو غصبه من المالـك سـمينا و نقله إلى مكـان بعيـد محافظـا على بقاء سـمنه ثم أمره المالك برده فورا على وجه يقتضـى زوال السمن المزبور، لعدم الجنايه منه فى وجود السمن.

و لعله لـذلك كله التزم بعض الناس بضـمان الصـنعه، و قال فى جامع المقاصد: «و فى الفرق نظر ينبغى تأمله- ثم قال-: و يختلج بالخـاطر فرق ينبغى تـأمله بعـد ذلك، و هو إن طلب المالك رد الحلى نقره يقتضـى عـدم قبول الصـنعه، بخلاف رد السـمين إذا اسـتلزم رده الهزال، و بخلاف نقصان العين بالكسـر، فإنه لا يقتضـى ذلك، و لا منافاه بين ملكيه السمن و الرضا بها، و طلب الرد على الفور و إن علم هزاله به للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضمونا عليه».

و فيه أنه يمكن تقرير مثله فى الصنعه، بأن يقال: إن أمره فى الرد للاعتماد على ضمان كل نقص يكون بذلك و إن علم استلزامه لخراب الصـنعه- ثم قال-: «و يمكن أن يفرق بوجه آخر، و هو أن الأمر برد الحلى نقره يـدل على عدم قبول الصـنعه و الترخيص فى إتلافهـا بخلاـف مـا ينقص بالكسـر، لأـن الأـمر بالكسـر لا يقتضـى قبول الناقص من الفضه و إن كان لازما عنه لا محاله، فهو محسوب من جمله المئونه الواجبه على الغاصب، فإنه لو أمره المالك برد الـدابه إلى بلد الغصب و كان ذلك مسـتلزما للهزال لا يكون دالا على عدم إراده السمن و الترخيص فى إتلافه فيكون من باب المقدمه، كالعلف و السقى».

قلت: لاـ يخفى عليك ما فيه من التشويش و صعوبه الفرق بين ما ذكره من الوجهين و إن حاول الفرق بينهما بفهم العرف الاذن فى الصنعه و عدمها فى السمن، و العلم باستلزام الرد الهزال لا يقتضى الإذن.

نعم لو صرح أو علم من حاله عدم إراده السمن المنافى للتضمين لأن من عادته ركوب الدابه المضمره اتجه حينئذ عدم الضمان كما هو واضح.

أو بإمكان الجمع بين إراده وصولها إليه مع إراده بقائها سمينه و إن كان لاـ يتحقق فى الخارج، بخلاف إراده ردها نقره مع الصنعه. إذ هى النقره المصنوعه المأمور بردها نقره، أى بلا صنعه كما هو واضح بأدنى تأمل، فإن مرجعه إلى عدم ضمان كل ما أمر به المالك من إتلاف ماليه لماله كأصل المال، بخلاف ما لم يكن مأمورا به مما هو مضمون على الغاصب و إن كان هو لازم تحقق المأمور به فى الخارج المفروض استحقاق الغاصب إياه، فإنه ليس لازما لأمره، فبقى على قاعده الضمان، و الله العالم.

و إن كانت زياده القيمه فى المغصوب لأن الغاصب قد زاد فيه عينا محضه كالغرس و نحوه كان له أخذها و إعاده المغصوب و أرشه لو نقص كما تسمع تفصيل الكلام فيه إنشاء الله عند ذكر المصنف له.

و إن كانت غير محضه كما لو صبغ الثوب المغصوب بصبغ منه فان كان الحاصل مجرد تمويه لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع إن رضى المالك، و له إجباره عليه فى أقوى الوجهين، لأن الواجب عليه إعاده العين كما كانت، و لأنه قد يريد تغريمه أرش النقصان الحاصل و إزالته، و يحتمل ضعيفا العدم، لأنه كقصاره الثوب.

و إن كان الحاصل بالصبغ عينا لاـ أنه تمويه محض فان كان يمكن فصله كان له إزاله الصبغ بشرط ضمان الأرش إن نقص الثوب و إن لم يأذن المالك، بل و إن منع، وفاقا للشيخ و ابنى زهره و إدريس

و الفاضل فی أكثر كتبه، و الشهيدين و الكركی و غيرهم علی ما حكی عن بعضهم، بل فی المسالک أنه الأشهر، بل فی المختلف و التنقيح هو المشهور، بل فی الرياض أنه المشهور، خصوصا بين المتأخرين.

و من الغريب بعد ذلک كله ما فی الإيضاح من أنه لا خلاف فی منع الغاصب من الإزاله لو نقص الثوب بها، و لا فی إجابته مع عدم هلاک الصبغ و عدم نقص الثوب أصلا. اللهم إلا أن يريد بذلک مع العلم بالنقص بعد حمل عبارات الأصحاب علی النقص المحتمل، إلا أنه كما تری مناف لإطلاقهم، كمنافاه ما تسمعه من والده و غيره لما ذكره أخيرا من نفی الخلاف عن الإجابه.

و علی كل حال فلا ريب فی أن المشهور ما عرفت خلافا للمحكی عن الإسكافی و الفاضل فی المختلف من أنه ليس للغاصب قلع الصبغ بدون إذن المالک، فان لم يرض دفع قيمه الصبغ و وجب علی الغاصب قبوله، و استجوده فی التنقيح، بل قال: «و عليه الفتوی» و فی الرياض بعد أن حكاه عن خاله العلامه البهبهانی فی حاشيته علی مجمع البرهان قال: «و هو غير بعيد نظرا إلی قواعدهم المقرره فی الغصب».

بل فی المختلف بعد أن حكی عن المشهور الأول، و اختار مذهب الإسكافی محتجا باستهلاک عين الغاصب، و عدم انتفاعه بصبغه، و استلزام قلعه التصرف فی مال الغير بغير إذنه، قال: «و من العجيب إيجاب التمكين علی المالک من أخذ الصبغ و إن تعيب ثوبه و عدم قبول عوض الصبغ منه، و إجبار الغارس المستعير للأرض علی أخذ قيمه الغرس من المالک إذا دفعها، مع أن المالک أذن فی الغرس و لا ضرر عليه و لا علی أرضه بأخذ الغرس، و المالک هنا لم يأذن فی الصبغ، و عليه ضرر فی أخذه من ثوبه».

و فيه أن ذلك انما يرد على الشيخ المحكى عنه ذلك، أما على الأصح من عدم التسلط على الإجبار المخصوص كما بيناه فى محله فلا عجب، كما أن دليله لا يرجع إلى حاصل، ضروره أعميه مفروض البحث من استهلاك عين مال الغاصب و عدم انتفاعه به، أو أنه مخصوص بما أمكن فصله على وجه يكون مالا، و على تقديره فقاعده تسلط الناس على أموالهم و لو إتلافا عامه للأمرين، و استلزام القلع التصرف فى مال الغير لا يقتضى سقوط احترام مال الغاصب.

(و دعوى) أنه كما أن وقوعه عدوانا لا يقتضى إسقاط ماليه الغاصب فله التصرف فيه بالقلع فكذلك عدوانه لا يقتضى نفى سلطنه المالك عن ملكه، فله أن يمنع الغاصب عن التصرف فيه بالقلع، و حيث تعارض الحقان ينبغى أن يترجح جانب المالك، لعدم تقصيره و تداركه مال الغاصب بالقيمه، بل هو أولى كما مضى (لا يخفى عليك) ما فيها من عدم اقتضاء ذلك ترجيح المالك على وجه ينتقل اليه مال الغاصب بالقيمه قهرا على مالكه، بل أقصاه عدم تسلط أحدهما على الآخر فى ذلك، فتبقى قاعده تسلط الناس على أموالهم، و قاعده إيصال كل مال إلى صاحبه و غيرهما على حالها، و لكن يولى الحاكم من يخلص كل مال عن الآخر و يوصله إلى صاحبه، أو نقول بولايه ذلك إلى المالك، باعتبار دخول الغاصب عليه، فهو كمن ألقى فى دار غيره شيئا، فإن للمالك إزالته.

و بالجمله ما ذكروه من الترجيح المزبور لا يقتضى الوجه المذكور و إن تمموه باعتبارات لا تصلح مدركا شرعيا، فالتحقيق ما ذكرناه.

بل هو أولى من الشركه فى المتساويين التى أوجبنا فيها الإجبار بطلب أحد الشريكين مع الإشاعه فيها دون المقام، و لذا قيدوا بعدم

الضـرر هنـاک دونه هنا، فهو کمالین متلاصـقین لشخصـین لم یرض کل منهما بتخلیصه من الآخر، فإنه لا ریب فی تولی الحاکم ذلک، فکـذا المقام المحتمل تولی المالک، لما عرفت من العـدوان من الغاصب، أما إذا لم یکن عـدوانا من أحـدهما، بأن أطار الریح ثوبا فی إجانه صبغ لآخر و تعاسر أو کان یمکن الزوال کان المتولی الحاکم علی الظاهر.

و علی کل حال فمع فرض تضـرر الغاصب بنقص ماله أو بهلاکه بالإزاله لا جبر له، لأنه ذو الاختیار السی ء الـذی أدخل الضـرر علی نفسه بخلاف المالک المظلوم، و لذا وجب الأرش علیه لو نقص الثوب بذلک دونه.

و إلی مـا ذکرنـا یرجع اسـتدلال المشـهور بـأنه إن لم یجب الإـزاله کـان عـدوانا آخر، و الظالم لا یسـتباح ظلمه و التعطیل ضـرر علیهما، کما أن بیع کل واحد ماله منفردا عن الآخر لا یرغب فیه، فلیس إلا الإجابه.

و غیر ذلـک ممـا ذکروه و إن کـان مـا ذکرنـاه أولی، بل لعله لا ینافی کلام الأصـحاب، و إن کان یوهم فی الظاهر أن للغاصـب مباشـره الإـزاله إلاـ أن المراد بیـان حق المطـالبه بالإزاله و إن کان مع التعاسـر یتولی الأمر من عرفت لیوصل حق کل واحـد إلی صاحبه.

و من ذلک یعلم أنه کما أن للغاصب حق المطالبه بالإزاله فکذا لصاحب الثوب إزالته أیضا مباشره أو استحقاقا، لما عرفت بل هو أولی لأـنه فعله فی ملکه بغیر حق و لـذا صـرح الفاضل فی القواعـد و الإرشاد بل و التحریر و محکی المبسوط و الإیضاح بإجبار الغـاصب علی الفصل مع طلب المالک و قبول الصـبغ لـذلک و إن تضـرر الغاصب بنقص ماله أو هلاکه، و یـدفع الأرش لنقص ثوب المالک، لأنه الذی أدخل الضرر علی نفسه، فتبقی قاعده إیصال الحق إلی مستحقه بحالها.

فما فی محکی التذکره- من أنه هل یملک إجبار الغاصب علی فصله؟

الأقرب أنه إن کان له غرض کان له ذلک، و کذا إن کان للصبغ قیمه، و إلا فلا- لا یخلو من نظر و إن وجه بأنه إن خلی عن الغرض و کان المنفصل منه یضیع بالکلیه أو یحدث فی الثوب نقصان بحیث لا یفی بأرشه قیمه المفصول کان تخسیرا للغاصب عنادا أو عبثا، إلا أنه کما تری مجرد اعتبار لا یرجع إلی دلیل. و من هنا قال فی القواعد: «یجبر و إن استضر بعدم الصبغ أو نقصت قیمته» و هو واضح.

و مما ذکرنا یعلم أیضا أنه لو أراد أحدهما ما لصاحبه بقیمته لم یجب علی أحدهما إجابه الآخر، و کذا لو وهب أحدهما صاحبه لم یجب علی الموهوب له القبول لما فیه من المنه، بلا خلاف أجده فیه إذا کان الطالب الغاصب و إن احتمله فی الکفایه، إلا أنه لم نجده لغیره حتی من العامه مع وضوح ضعفه.

و أما إذا کان المالک فهو المشهور نقلا و تحصیلا، بل هو مقتضی کل من قال بإجابته لو طلب الإزاله، نعم قد سمعت کلام أبی علی و من وافقه أو مال إلیه، بل عن التذکره ذلک أیضا إذا کان لا یمکن فصل الصبغ و لا یحصل منه، لأنه لا ذریعه إلی تصرفه فی ثوبه إلا بدفع قیمه الصبغ. و لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرنا.

کما أن منه یعلم النظر فیما فی القواعد و التذکره و الروضه و غیرها من أن لصاحب الثوب الامتناع من البیع لو طلبه الغاصب دون العکس ضروره عدم الفرق بینهما فی جواز الامتناع بناء علی ما ذکرنا.

و ما یقال- من أنه لو لم یجبر الغاصب أضر بالمالک، لأن بیع الثوب وحده مظنه قله الراغب فیه، لمکان عیب الشرکه، فیفضی إلی عسر البیع و قله القیمه- مجرد اعتبار.

و من هنـا اعترف فی جامع المقاصـد بأن ذلک لا یتجه علی القول بعـدم تملک ماله بالقیمه إذا لم یرض، لاسـتلزامه نقل الملک مع عـدم الرضـا، إذ الجمع بین الحقین و دفع الضـرر عن المالک مشترک بین المقامین، کما أن ضـرر المالک مشترک أیضا فی المقامین، و حیث ضاق به الخناق قال:

«و بالجمله فقول المختلف لا یخلو من وجه».

و فیه أنه لا داعی إلی القول بالحکم المزبور کی یلتجئ إلی ذلک، بل لعل التأمل فی المتن و محکی المبسوط و غیره یقتضی ما قلناه من عدم الإجبار مطلقا، و هو الأصح، و إن قیل هو أضعف وجوه الشافعیه التی منها أیضا تسلط کل منهما علی جبر الآخر، و الله العالم.

ثم لا یخفی علیک أنه مع عدم إمکان الفصل أو إمکانه و التراضـی بالشـرکه یشترکان فان لم ینقص قیمه مالهما بأن کان الثوب یساوی عشره و الصبغ کذلک و مصبوغا عشرین فالحاصل لهما.

و إن زاد لزیادتهمـا معـا لاـ لزیـاده أحـدهما فصار یساوی ثلاثین فکـذلک فی صـیروره الحاصل بینهما، و نحوه لو زادت بسـبب العمـل خـاصه، لأـن کـل واحـد منهمـا قـد زاد بالصـنعه، و الزیاده الحاصـله بفعل الغاصب إذا اسـتندت إلی الأثر المحض تسـلم للمغصوب منه، و المفروض هنا زیاده نصف الأثر و النصف الآخر للصبغ.

و لو زادت قیمه أحـدهما خاصه کانت الزیاده لصاحبها، و إن نقصت قیمه الثوب بالصـبغ لزم الغاصب الأرش لأن یده ید ضـمان لمثل ذلک و لا یلزم المالک ما ینقص من قیمه الصبغ لعدم عدوانه.

و لو بیع مصبوغا بنقصان من قیمه الصبغ لم یستحق الغاصب شیئا إلا بعد توفیه المغصوب منه تمام قیمه ثوبه علی الکمال

لأن نقص الثوب من غير تغير السوق مضـمون عليه و لذا لو بيع مصبوغا بنقصان من قيمه الثوب لا بتغير السوق لزم الغاصب إتمام قيمته.

و لو كانت قيمه كل منهما خمسه و ساوى المصبوغ عشره إلا أنه لارتفاع قيمه الثوب فى السوق إلى سبعه و انحطاط قيمه الصبغ فيه إلى ثلاثه كان للمالك سبعه: هى نصف العشره و خمسها، و للغاصب ثلاثه:

خمس العشره و عشرها، لأن الحكم يتعلق بما صارت القيمه إليه، و لا أثر للخمسه بعد تغير السوق، و لو انعكس الأمر انعكس الحكم أيضا، لأن نقص السوق غير مضمون إذا لم يكن لنقص فى العين أو صفاتها.

هذا كله إذا كان الصبغ من الغاصب، أما إذا كان مغصوبا من آخر فان لم يحدث بفعله نقصان عليهما أو على أحدهما لم يغرم شيئا، و كانا شريكين فى الثوب المصبوغ كما سبق. نعم يجب عليه الفصل مع إمكانه لو طلباه أو أحدهما، و إن حدث النقص فيهما أو فى أحدهما عما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب لمن حصل فى حقه.

ثم إن مقتضى الشركه التى ذكرناها اشتراكهما فى الثمن، و مع فرض نقصه يرجع كل منها على الغاصب بنقصه، لكن عن التذكره فيما إذا حدث نقص مثل أن كانت قيمه الثوب عشره و قيمه الصبغ عشره و بلغت قيمه الثوب مصبوغا عشره يكون الثمن لصاحب الثوب، و يغرم الغاصب الصبغ للآخر، و تأمل فى مقتضى الشركه المزبوره، و لا نعرف له وجها.

و فى المسالك بعد أن حكم بالشركه مع عدم النقصان على حسب ما سبق فى الغاصب و المالك قال: «و إن حدث نقصان فان بقيت قيمه الثوب فهى لصاحب الثوب، و يغرم الغاصب الصبغ للآخر، و إن زادت

بما لا_ يبلغ قيمه الصبغ فالزائد لمالك الصبغ، و يغرم الغاصب له الباقى و إن زادت عنهما فهو بينهما بالنسبه، هذا كله إذا لم تنقص القيمه السوقيه لأحدهما، و إلا اعتبرت النسبه كما مر».

و ظاهره المنافاه لما ذكرناه من الشركه المزبوره، اللهم إلا أن يتجشم له، و الأمر سهل بعد وضوح الحال، كوضوح عدم الضمان مع استناد النقصان إلى تغير السوق لا إلى فعل الغاصب.

و لو كان الصبغ مغصوبا من مالك الثوب فان لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، و لا غرم على الغاصب، و لا شى ء له و إن زادت القيمه، لأن الموجود منه أثر محض، و إن حدث بفعله نقصان غرم، و إذا أمكن الفصل فللمالك إجباره عليه و تضمينه النقص إن حصل، و ليس للغاصب الفصل إذا رضى المالك، و ذلك كله واضح، و الحمد لله.

[المسأله الثانيه إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان]

المسأله الثانيه إذا غصب دهنا كالزيت أو السمن أو نحو ذلك مما لا يمكن تمييزه فخلطه بمثله ذاتا و وصفا فهما شريكان حقيقه على وجه يملك كل منهما فى مال الآخر، أو حكما كما صرح به غير واحد، بل فى المسالك نسبته إلى الأكثر، و قد حققنا ذلك فى كتاب الشركه(۱)بل لا خلاف بينهم فيه هناك، بل حكينا الإجماع بقسميه عليه.

لكن فى محكى السرائر هنا أن مال المالك كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من زيته المخلوط. و إن شاء أعطاه من غيره مثل زيته، مدعيا أنه

۱- ۱ راجع ج ۲۶ ص ۲۹۰- ۲۹۵.

الذی تقتضیه أصول المذهب، لأن عین الزیت المغصوب قد استهلک، لأنه لو طالبه برده بعینه لما قدر علی ذلک.

و فیه أنه لا شی ء فی أصول المذهب یقتضی الخروج بذلک عن الملک و إلا لخرج بالاختلاط أیضا بغیر اختیار أو برضا منهما، کما أنه لیس فی شی ء منها (ما ظ) یقتضی الانتقال عن الملک بمحض التعدی لو غصب رطلا من هذا و رطلا من هذا و خلطهما، فإنهما یکونان بذلک هالکین، و انما تقتضی أصول المذهب بقاء کل منهما علی ملک مالکه، و یجری علیهما حکم المشترک بالإتلاف و البیع و نحوهما، أو یثبت أن مثله سبب شرعی للشرکه علی وجه یکون الحبه الواحده مشترکه بینهما و إن کانت فی الواقع هی لأحدهما، کما تقدم ذلک کله و غیره فی کتاب الشرکه(۱).

و حینئذ فلا فرق بین المزج الاختیاری و الاتفاقی و الغصبی فی حصولها به، و لیس هو من الهلاک الموجب للضمان، ضروره إمکان التأدیه و لو فی ضمن الجمیع، أقصاه أنه یکون أداه مع غیره، بل لیس هو من الحیلوله التی بمعنی تعذر إیصال المال إلی مالکه لمانع عن إیصاله، بخلاف المقام الذی قد تعذر فیه إیصاله منفردا، لا أصل الإیصال، فهو حینئذ کالثوب المصبوغ أو کالصبغ الذی صبغ به الثوب، فإنه لا شی ء منهما ینتقل إلی الذمه علی وجه الضمان لکونه تالفا أو للحیلوله، بل هو کباقی تعذر صفات المغصوب من الصحه و العیب و نحوهما.

و بذلک کله یظهر لک الحال فیما لو (إن خ ل) خلطه بأدون أو أجود و قد قالوا فی کتاب الشرکه بحصولها به فی القسمین الأولین علی معنی الشرکه بالثمن علی نسبه القیمه. أما الثالث ففی المتن قیل: یضمن المثل، لتعذر تسلیم العین، و قیل: یکون شریکا فی

۱- ۱ راجع ج ۲۶ ص ۲۹۰- ۲۹۵.

فضل الجوده، و يضمن المثل فى فضل الرداءه إلا أن يرضى المالك بأخذ العين و ظاهره عدم الترجيح كالمسالك و غيرها.

لكن فى القواعد و التذكره و الإرشاد و المختلف و الدروس و جامع المقاصد اختيار الشركه فى الثانى، بل صرح غير واحد منهم بأنه يقسم معه بالسويه مع فرض التساوى، لأن الزياده الحاصله زياده صفه حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدوانا. فلا يسقط حق المالك من العين بسببها كما لو صاغ النقره و علف الدابه فسمنت و علم العبد صنعه، و دخول الضرر بذلك على الغاصب إنما كان بسوء اختياره.

لكن فى محكى المبسوط «أن الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه أو مثله من غيره، فان باعه قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين، و الصحيح أن هذا كالمستهلك، فيسقط حقه من العين، و يصير فى ذمه الغاصب، لأنه قد تعذر أن يصل إلى عين ملكه بعينها، فإذا انتقل إلى الذمه يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله، لأنه قد تطوع خيرا من زيته، لا لأنه أعطاه عين ماله، و بين أن يعطيه مثله من غيره» و نحوه عن السرائر، و اختاره فى التحرير.

و فيه منع الاستهلاك الملحق بالتلف الموجب للانتقال فى الذمه، و إلا كان المساوى كذلك، مع أن الشيخ لا يقول به، بل دعوى كونه مال المالك مستهلكا ليس بأولى من القول بأن مال الغاصب مستهلك فلا شى ء له، و هو واضح الفساد، فالتحقيق بقاء مال المالك على ملكه.

و لكن الظاهر أن له من الثمن بنسبه ماله، كالمال المخلوط بغير اختيار، إذ دعوى كون ذلك كالآثار التى تحصل من فعل الغاصب واضحه الفساد، ضروره كون علو قيمته بأجزاء عينيه من مال الغاصب الذى بغصبه لم يخرج عن الاحترام، و لا يدخل فى ملك المالك قهرا.

و بـذلك يظهر لـك مـا فى كلام الأولين، و يمكن حمل ما فى القواعـد و الإرشاد و التـذكره و غيرها من إطلاق الشركه على الوجه الـذى ذكرناه، لقاعـده لا ضـرر و لا ضـرار و غيرها من الاستصـحاب و نحوه، لا أن المراد الشركه حقيقه، لعـدم الدليل، و الضـرر على مالك الجيـد مع فرض إراده المساواه على تقـدير التساوى فى الكم، و لا دليل على الشركه فى العين بحسب القيمه على وجه يكون لمالك الجيـد فى العين أزيد قدرا مما كان له، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، بل هو من الربا بناء على عمومه لمثل ذلك.

هذا و فى الرياض «و اعلم أن ما ذكره الأكثر فى المقامين أظهر إن أرادوا نفى الخيار للغاصب و إثباته للمالك، و إن أرادوا لزوم القبول عليه فمشكل، حيث يعتـذر لعـدم قبوله بعـذر موجه، ككون ماله حلالا و مال الغاصب الممزوج به مشبوها أو نحوه، فإن إيجاب القبول عليه ضرر و أى ضرر، فالتحقيق فى المقامين ثبوت الخيار للمالك».

و فيه مـا لا يخفى، بل هو من غرائب الكلام، ضـروره اقتضاء المزج المزبور الشركه مع من له المال حتى لو علم كونه للغير، فان ذلك لا يجعله بمنزله التالف حتى ينتقل إلى المثل.

و كأن الـذى أوقعه فى هـذا الكلام المقـداد فى التنقيح، فإنه فى المساوى حكى عن الشيخ فى المبسوط قولين: أحدهما ضـمان الغـاصب، فيتخير بين الـدفع من الممزوج و بين غيره، و ثانيهمـا الشركه، لأنه قادر على بعض عين ماله و بـدل الباقى، و لا معنى للتخيير مع وجود بعض العين، كما لو غصب صاعين فتلف أحـدهما، فإن المالك يأخـذ الموجود و بـدل التالف، و لا يلزمه أخذ بدل الكل، فكذلك فى صوره النزاع، و هو اختيار المصنف و العلامه فى المختلف.

و فيه نظر، لأن العين و إن وجدت لكن يتعذر تسليمها منفرده،

فلیست کالصاعین، و جاز أن یکون فی زیت الغاصب شبهه و إن ساواه فی الماهیه، و هو مع أنه کما تری لا ترجیح فیه.

و قال فی المزج بالأجود: «لا خلاف فی أن للغاصب الدفع من العین، و یجب علی المالک القبول، لاشتماله علی الزیاده عن حقه مع تبرع الغاصب بها، و هل للغاصب الدفع من غیرها مما یساوی مال المالک و حینئذ یجب علی المالک القبول، إذ لا تفاوت علیه أم لا؟ یظهر من کلام الشیخ الأول، و تبعه ابن إدریس، و الأجود أن الخیار للمالک، فله المطالبه بالعین منه، لوجود حقه فیها، و الزیاده تبرع من الغاصب، کما لو علم العبد صنعه، فإن له أخذ عبده و إن زادت قیمته، و له المطالبه بالمثل من غیرها، لما قلناه أولا و لجواز اشتماله علی منه لا یجب تحملها».

و هو- مع ما فیه من منافاه ما استجوده لما نفی الخلاف فیه، مع فرض کون المراد علی الإطلاق، کما سمعته من الریاض، بل هو ظاهر التعلیل أیضا، و مع منافاه الخیار إذا کان ذلک من قبل تعلم الصنعه، ضروره وجوب القبول علیه- لا حاصل له، و کأنه لم یسمع فی المقام و فی کتاب الشرکه حصولها فی ذلک و فی المساوی، و لم یلحظ کلام الأصحاب و تعبیرهم بالشرکه فی المقامین و إن کانت علی التفصیل الذی ذکرناه.

و من الغریب نفیه الخلاف، و قد عرفت المخالف، و هو القائل بالشرکه علی معنی کونه فی الثمن علی النسبه، فإنه لا یجب علیه القبول حینئذ.

و أما الأول الذی هو الخلط بالأدون ففی القواعد و التذکره و جامع المقاصد و الروضه یتخیر المالک بین المثل و العین مع الأرش، لأنه فی حکم المستهلک بالاختلاط المزبور، إلا أن حق المالک لا یسقط من العین بفعل

الغاصب مع إمكان التوصل إلى البعض، و النقص فى الخليط يجب جبره بالأرش إذا كانا غير ربويين، أو كانا و قلنا بعدم جريان الربا فيه، باعتبار أنه غرامه عما جناه الغاصب على ماله لا- بيع، بل و لا معاوضه بناء عن عموم الربا لسائر المعاوضات. فما فى الرياض من إشكال الأرش فى الربويين بذلك لا يخلو من نظر.

هذا و فى المبسوط و السرائر و الإرشاد و اللمعه و الدروس و غيرها أنه يضمن بالمثل، لأنه مستهلك، و فى التنقيح لا خلاف فى أنه يضمن بالمثل، و لا يخفى عليك ما فى القولين بعد الإحاطه بما ذكرناه، كما لا يخفى عليك ما فى نفى الخلاف.

و التحقيق بقاء المال على ملك مالكه، و يشتركان فى قيمته بالنسبه، كما لو اختلط المالان بغير اختيار، و ما أدرى ما الذى دعاهم إلى الفرق بين المزج الغصبى و بين المزج الاتفاقى؟! فتأمل.

بل ذلك صريح الاستدلال فى الرياض و غيره على الحكم فى المساوى فضلا عن غيره بأن عين مال المالك موجوده فى الجمله، و غايته أنها بغيرها ممتزجه، و ذلك لا- يخرجها عن ملكه، و لأن فى ذلك إيصال المالك إلى بعض حقه بعينه و إلى بدل بعضه من غير زياده فوت، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل.

إذ هو كما ترى أجنبى عن اقتضاء المزج المزبور الشركه، و لو على الوجه الذى ذكرناه، كما هو واضح، و الله العالم.

هذا كله فى الخلط بالجنس أما لو خلط بغير جنسه كما إذا خلط الزيت بالشيرج و خلط دقيق الحنطه بدقيق الشعير لكان مستهلكا و ضمن المثل كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الشيخ فيما حكى عنه و غيرهم، بل فى الكفايه أنه أشهر، بل لا أجد فيه خلافا، لأنه

تالف، لبطلان فائدته و خاصیته، بخلاف الجید مع الردی المتفقین فی الجنس.

نعم احتمل فی التذکره قویا ثبوت الشرکه، کما لو مزجاه بالرضا أو امتزجا بأنفسهما. و فی المسالک «له وجه، لأن إسقاط حقه من العین مع وجودها بعید، إلا أنه یشکل بأنه علی تقدیر القسمه الإجباریه یکون قد حتمنا علی المالک أخذ غیر المثل إن کان الطالب هو الغاصب، أو کلفنا الغاصب بغیر المثل فی المثلی إن کان الطالب المالک، و کلاهما خارج عن قواعد الغصب، لکنه وارد علی تقدیر امتزاجهما بغیر الغصب کما مر. و فیه جمع بین الحقین».

قلت: ظاهرهما المفروغیه من الشرکه فی مثله إذا کان بغیر الغصب و قد تقدم فی کتاب الشرکه أن ظاهرهم تحققها بمزج المتفقین فی الجنس أما غیره فلا، إلا أنا احتملناه هناک، لکن علی معنی الشرکه فی الثمن علی حسب نسبه قیمه المال، لا علی معنی ملک کل منهما بعض ما للآخر المنافی للأصل بلا دلیل. و لا بأس بالقول بمثله فی المقام، و لا منافاه فیه لقواعد الغصب، إذ لیس هو من التلف الموجب للمثل، بل هو من مزج المالین الذی لا یمکن تخلیص أحدهما من الآخر، و الله العالم.

[المسأله الثالثه فوائد المغصوب مضمونه بالغصب]

اشاره

المسأله الثالثه لا- خلاف فی أن فوائد المغصوب مضمونه بالغصب، و هی مملوکه للمغصوب منه لأنها نماء ملکه و إن کان قد تجددت فی ید

الغاصب أعيانا كانت كاللبن و الشعر و الولد و الثمر أو منافع كسكنى الدار و ركوب الدابه بل الإجماع بقسميه عليه، بل و على عدم الفرق أيضا فى المنافع بين الفوات و التفويت.

و كذا الكلام فى منفعه كل ما له اجره بالعاده لأن المنافع محسوبه أموالا شرعا، و قبضها بقبض العين، أما إذا لم يكن لها اجره فى العاده كالغنم و الشجر و نحوهما مما لا تستأجر عاده لذلک و إن قلنا بصحه إجارتها لبعض الانتفاعات إلا أنها ليست أموالا عرفا، و الأصل البراءه، بل قد يقال بذلک حتى لو استوفاها، بأن نشر ثيابه على الشجر مثلا أو ربط دابته بأصله، نعم لو كان قد آجره لذلک كانت الأجره للمغصوب منه بعد الإجاره، كما هو واضح.

انما الكلام فيما لو تعددت منافعه كالعبد الخياط الحائک ففى القواعد فى موضع منها «و المنافع المباحه مضمونه بالفوات تحت اليد و التفويت، و لو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائک لزمه أجره أعلاها، و لا تجب اجره الكل» و فى موضع آخر منها «إن الغاصب يضمن الأجره، أى للعين المغصوبه و إن لم ينتفع بأجره المثل عن عمل مطلق مده الغصب، و لو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد، و إن انتفع بالأنقص ضمن اجره المطلق».

و فى الدروس «لو استعمله بما له اجره زائده عن اجره المثل المطلقه لزمه الزائد».

لكن فى الروضه «لو تعددت المنافع فإن أمكن فعلها جمله أو فعل أكثر من واحده وجب اجره ما أمكن، و إلا كالخياطه و الحياكه و الكتابه فأعلاها اجره، و لو كانت الواحده أعلى منفرده عن منافع متعدده يمكن جمعها ضمن الأعلى».

و فى المسالک «إن استعملها فى الأعلى ضمنها، و إن استعملها فى

الوسطى أو الدنيا أو لم يستعملها ففى ضمان أجره متوسطه أو الأعلى وجهان- ثم قال-: و فى القواعد اعتبر فى اجره الصانع الأعلى، ثم حكم فى مطلق المغصوب بضمان اجره المثل عن عمل مطلق، و لعل المطلق شامل للأعلى، لأن المراد بأجره المطلق أجرته لعمل يليق به عاده من غير تقييد بعمل مخصوص، كالكتابه مثلا، أو الخياطه أو ركوب الدابه أو تحميل التراب عليها أو البر، فيتناول الأعلى حيث يكون قابلا، و ربما فسر المطلق بالمتوسط، فيختلف الحكم».

و كأنه أشار بما ذكره أخيرا إلى ما فى جامع المقاصد من أن المراد بالعمل المطلق المتوسط الذى لا يكون مقيدا بقيد القله و الكثره، و فى فهم المتوسط من المطلق خفاء، إلا أن ما سيذكره فى العباره يرشد إلى ذلك، و وجه ضمانه أن المتوسط هو الغالب، فإن إدآب الأجير لنفسه فوق المعتاد نادر، كما أن الرضا بالتراخى أيضا نادر.

فان قلت: كيف وجب فى المنافع أجره الأعلى و وجب فى العمل أجره الأوسط؟

قلت: لا أولويه بالنسبه إلى المنافع للقادر عليها، فان كلا منهما ممكن على حد سواء، بخلاف العمل، فان فى مراتبه تفاوتا.

ثم قال فى وجه الآخر بعد تفسيره المطلق بالمتوسط أيضا: «أما الأول فلأنه قد استوفاه، فيجب بدل ما استوفاه، و أما الثانى فلأن الزائد على الأنقص قد فات، و هو محسوب على الغاصب» و اختصر فى شرح العباره الأولى على التعليل بعدم استيفاء الكل دفعه و المنفعه العليا من جمله ما فات تحت اليد، فتجب أجرتها، و المراد اجره المثل و كأنه فهم من عباره «أجره المثل» ذات العمل المتحد، فلاحظ الوسط فيه، إلا أن الإطلاق يقتضى الأعم، فيمكن أن يقال: إن المراد

بمطلق مثل العمل مده الغصب هو ملاحظه أجره المثل لتلك العين المغصوبه القابله للانتفاع بها تلك المنافع المتعدده إن كانت من غير ملاحظه منفعه مخصوصه إن لم تكن قد استوفى الأعلى منها و إلا كان له، فان استعملت فى الأدنى ضمن اجره المطلق المزبور، كما إذا لم يستعملها، و دعوى لزوم ذلك للأعلى ممنوعه، نعم مقتضاه عدم الفرق بين العبد ذى المنافع المتعدده و غيره.

و لعله لذا أطلق فى الدروس، بل لا يبعد أن يكون ذلك من الفاضل رجوعا عما ذكره أولا من ضمان الأعلى، ضروره عدم فوات الأعلى بخصوصها، إذ هو أحد المنافع الفائته على البدل، بل لا يبعد التقويم بما ذكرنا حتى فى ذى المنافع المتعدده القابل للإتيان بها أجمع دفعه، فان ذلك أيضا أحد الأبدال، فتأمل جيدا، فإنه دقيق، و هو الأصح.

نعم يلحظ الوسط من كل منفعه الموافق للمعتاد لا النادر، كما أنه يلحظ فى الدابه و غيرها أجرتها فى الوقت المعتاد فعله، كالنهار دون الليل إلا أن يكون له منفعه معتاده فى الليل أيضا، و بالجمله فالميزان ما عرفت، و الله العالم.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرنا غير مره أنه لو سمنت الدابه فى يد الغاصب أو تعلم المملوك صنعه أو علما فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزياده على معنى دخولها فى ضمانه، كما لو كانت سمينه كذلك عند المالك.

و حينئذ فلو هزلت الدابه أو نسى المملوك الصنعه أو ما علمه فنقصت القيمه لذلك ضمن الأرش و هو التفاوت و إن رد العين على المالك، لما عرفته من ضمانه ذلك و لو للمتجدد من

فعله مما يكون أثرا تابعا لعين المالك.

و لو تلفت العين قبل أن يردها يضمن قيمه الأصل و الزياده التى هى الأرش كما فى غير ذلك من الصفات التى كانت عند المالك أو تجددت عند الغاصب، و الله العالم.

[فرعان]

[الفرع الأول لو زادت القيمه لزياده صفه ثم زالت الصفه ثم عادت الصفه و القيمه لم يضمن قيمه الزياده التالفه]

الأول:

لو زادت القيمه لزياده صفه كانت فى يد المالك أو تجددت عند الغاصب ثم زالت تلك الصفه ثم عادت الصفه بعينها كما لو كانت كاتبا فنسى ثم تذكر، أو ذا صنعه كذلك و عادت القيمه بعودها لم يضمن قيمه الزياده التالفه، لأنها انجبرت بالثانيه فكأنها لم تزل، على أن ملاحظتها مع الموجوده حال التلف غير معقوله، ضروره كونه بمنزله ملاحظتها مرتين، إذ ليست هى إلا صفه واحده، و المتجدده ليس غيرها على وجه تضم معها. اللهم إلا أن يراد ضم مقدار النقص السابق مع القيمه حال التلف، كما أنه يدفعه مع العين لو ردها.

و على كل حال فلا ضمان، للأصل و صدق الأداء لما أخذ حتى على المعنى الذى ذكرناه سابقا، و قاعده نفى الضرر و أن الظالم لا يظلم و غير ذلك.

نعم لو نقصت الثانيه عن قيمه الأولى ضمن التفاوت لعدم الجابر حينئذ للنقص الفائت، بل لعل الأمر كذلك فيما إذا لم يكن العائد

عين الأول، كالسمن الذى تعقبه هزال ثم السمن على وجه عادت القيمه بالسمن الأول، بحيث لو لوحظ الأول و الحادث لم يبلغ (لم يتجاوز خ ل) القيمه المزبوره و إن كان السمن المتجدد من الله تعالى شأنه و ليس هو السمن الأول، إلا أنه لما كان فرض ملاحظته مع الأول لا يزيد فى قيمه العين- بل إما القيمه واحده أو ينقصها- لم يكن وجه لضمان الفائت الذى هو على هذا التقدير ليس بفائت.

لكن فى المسالك «فيه قولان: أحدهما أنه ينجبر أيضا و يسقط الغرم كما لو أبق العبد فعاد أو جنى على عينه فابيضت ثم زال ذلك البياض، و الثانى العدم، لأن السمن الثانى غير الأول، و الأول وقع مضمونا، و الثانى تجدد هبه من الله تعالى شأنه كالأول لو كان متجددا، فلا يحصل للغاصب بسببه شى ء، و هذا أظهر».

و فيه ما عرفت، نعم هو متجه لو فرش زياده القيمه بملاحظه التالف مع الموجود، و لا يبعد أن يكون على ذلك المدار فى الانجبار و عدمه فى سائر الصفات، فكل صفه ذاهبه يمكن تقديرها مع المتجدده و تزداد القيمه بذلك هى لا تنجبر بالمتجدده، و كل صفه لا يمكن تقديرها مع المتجدده أو أمكن و لكن لا تزيد بها القيمه عن المتجدده بل هى هى أو تنقص لا تضمن و تنجبر بالثانيه.

و حينئذ فكل من المحكى عن صريح المبسوط و الإرشاد من إطلاق الانجبار فى مثل السمن، كظاهر المصنف، لأصاله عدم الضمان، و صريح محكى التذكره و جامع المقاصد و ظاهر الدروس من إطلاق عدم الانجبار، لأن الثانى مال متجدد للمالك و الأول مال ذاهب، و لثبوت الضمان بالهزال الأول، و لا دليل على البراءه منه، فالأصل يقتضى بقاءه، لا يخلو من نظر، لما عرفت من التفصيل المزبور الذى لا يخفى عليك ما فى الأصلين

المزبورين معه خصوصا الأخير الممنوع قرار الضمان فيه، بل هو متزلزل مراعى، كضمان الحيلوله و كضمان الصفه الذاهبه المحتمل عودها بعينها، كالتذكر بعد النسيان الذى لا إشكال فى الانجبار فيه.

بل لا يبعد أن يقال بكون التفاوت لو دفعه إليه متزلزلا مراعى بعدم العود كالحيلوله، فلو رد العبد الذى نسى الصنعه و دفع معه الأرش ثم تذكرها و هو فى يد المالك رد إلى الغاصب ما أخذ منه، فان المدار فى ذلك على قاعده نفى الضرر و الضرار التى مقتضاها ما عرفت.

(و احتمال) أن يقال: إن التالف مال قد ذهب فى يد الغاصب و هو مضمون عليه، و ما تجدد نماء مال المالك هبه من الله تعالى شأنه، فلا وجه لجبره الأول، بل يأخذ الأرش منه و إن رد العبد إليه بالقيمه السابقه (يدفعه) أنه ضرر على الغاصب منفى بالقاعده المزبوره التى لا ينافيها غصبه، فان الظالم لا يظلم، بل ليس الفرض إلا كغصب دابه هزلت و كانت قيمتها هزله و سمينه واحده، فإنه لا شى ء على الغاصب بلا خلاف أجده، كما تسمعه من المصنف، و قد قدمنا الكلام فيه سابقا، ضروره كون الذاهب حينئذ لا قيمه له، فتأمل جيدا، فانى لم أجد ما ذكرناه من الضابط محررا فى كلام الأصحاب.

بل لا يخلو كلام بعضهم من تشويش، كالفاضل فى التذكره الذى قد سمعت صريح المحكى عنه من عدم الانجبار فى مسأله السمن، قال فى العبد: «إذا مرض عند الغاصب ثم برى ء رده من غير شى ء» و هو مناف لذلك، و الله العالم.

و كيف كان فهذا كله فيما لو تجددت صفه مثل الأولى، كالسمن المفروض.

أما لو تجددت صفه غيرها مثل أن سمنت فزادت قيمتها ثم

هزلت فنقصت قيمتها ثم تعلمت صنعه مثلا فزادت قيمتها ردها و ما نقص بفوات الأولى بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه بل هو مقتضى الضابط الذى ذكرناه، ضروره زياده القيمه بتقدير السمن الفائت مع الصفه المتجدده، فيضمنه الغاصب الذى قد فات تحت يده.

بل لو تكرر النقصان و كان فى كل مره مغايرا بالنوع للناقص فى المره الأخرى ضمن الكل، حتى لو غصب جاريه قيمتها ماءه فسمنت و بلغت القيمه ألفا و تعلمت صنعه فبلغت ألفين ثم هزلت و نسيت الصنعه فعادت قيمتها إلى ماءه ردها و غرم ألفا و تسعمأه، و كذا لو علم المغصوب سوره من القرآن أو حرفه فنسيها ثم علمه حرفه أو سوره أخرى فنسيها أيضا ضمنهما.

نعم إن لم تكن مغايره بأن كانت سوره واحده أو حرفه واحده مرارا و هو ينساها فى كل مره لم يضمن إلا أكثر المراتب نقصانا. و إن قال فى المسالك: فيه الوجهان، كما قال فى العبد: «إذا مرض ثم برى ء فزال أثر المرض ففى جبر الصحه للفائت منها وجهان: نعم، لأن الصحه الثابته هى الأولى، و به قطع فى التذكره، و الثانى العدم، لمنع كونها الأولى، بل يكفى الشك فيستصحب حكم الضمان، و كذا الحكم فيما لو رده مريضا ثم برى ء و زال الأثر».

و قال أيضا: «لو غصب شجره فتحات ورقها ثم أورقت، أو شاه فجز صوفها ثم نبت يغرم الأول، و لا يجبر بالثانى، لأنه غيره، بخلاف ما لو سقط سن الجاريه المغصوبه ثم نبت شعرها أو امتعط (تمعط خ ل) شعرها ثم نبت، فإنه يحصل الانجبار، و الفرق أن الورق و الصوف متقومان فيغرمهما، و سن الجاريه و شعرها غير متقومين، و انما يغرم أرش

النقص الحاصل بفقدانهما و قد زال هكذا، قيل: و هذا يتم فى الشعر، أما فى السن فلا، لأن لها مقدرا فى الحر، فيكون حكمها فى الرق بنسبته من القيمه».

قلت: لا يخفى عليك الحال فى ذلك كله بعد الإحاطه بما ذكرناه من الضابط المزبور، كما أنه لا يخفى عليك خروج ضمان نحو الصوف و الورق عما نحن فيه، ضروره كونها أعيانا مملوكه لا مدخليه للمتجدد منها فى ماليه الذاهب، بل و لا إطلاقه الفرق بين الشعر و السن كما تعرفه فى محله إنشاء الله تعالى، فتأمل جيدا.

و لو زادت قيمه الجاريه بتعلم صنعه محرمه كالغناء ثم نسيته ففى المسالك «قيل: لم يضمن النقصان، لأنه محرم و المضمون الزياده المحترمه، و ربما احتمل هنا الغرم، لأن الواجب على الغاصب قيمتها كذلك، و لهذا لو غصب عبدا مغنيا يغرم تمام قيمته».

قلت: ينبغى الجزم بالاحتمال المزبور، و لا ينافى ذلك ما سمعته من عباره القواعد من تقييد المنافع المضمونه بالمباحه، لأن الظاهر إراده إخراج المنافع المحرمه كالغناء و اللعب بآلات اللهو و نحو ذلك مما هو غير زياده القيمه بتعلم العلوم التى استعمالها محرم كالسحر و الموسيقى و غيرهما مما يزيد فى القيمه معرفته و إن لم يستعمله، و لو لأنه قد يحتاج اليه على وجه لا حرمه فيه، كما هو واضح.

[الفرع الثانی لا یضمن من الزیاده المتصله ما لم تزد به القیمه کالسمن المفرط]

الفرع الثانی:

لا یضمن من الزیاده المتصله ما لم تزد به القیمه کالسمن المفرط فی الحیوان الذی لا یراد فیه ذلک إذا زال و القیمه علی حالها أو زائده بلا خلاف و لا إشکال، إذ المعتبر من هذه الصفات ماله أثر فی القیمه دون غیره، من غیر فرق بین الموجود حال الغصب و المتجدد، بل قد عرفت أن المدار علی قاعده «لا ضرر و لا ضرار» مضافا إلی قاعده «علی الید».

و کأنه احترز بقوله: «و القیمه بحالها» عما لو کان بعض السمن لا أثر له فی القیمه و بعضه له أثر فزال الجمیع، فإنه یضمن قیمه ما له أثر فیها دون ما زاد علیه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لا یملک المشتری ما یقبضه بالبیع الفاسد]

المسأله الرابعه لا خلاف و لا إشکال فی أنه لا یملک المشتری ما یقبضه بالبیع الفاسد الذی معناه عدم ترتب الأثر علیه، فیبقی حینئذ علی ملک المالک، و تسمیته شراء مع فساده لأعمیه البیع من الصحیح و الفاسد، أو مجازا بناء علی أنه حقیقه فی الصحیح و إن کان هو واضح الفساد، بل مقتضاه الإجمال المقتضی لبطلان الاستدلال علی نفی ما شک فیه من الشرائط و الموانع بناء علی احتماله.

و کذا لا خلاف و لا إشکال فی أنه أی المشتری یضمنه

و ما يتجدد من منافعه أعيانا و غيرها، لأصاله الضمان المستفاد من

عموم «على اليد»(۱)

و غيرها، و هو مبنى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، مضافا إلى إقدامه على كونه مضمونا عليه لو صح البيع بمعنى أن تلفه من ماله، فيكون فى فاسده كذلك. بل لا غرور فيه بالنسبه إلى ذلك فى صوره علم البائع بالفساد فضلا عن غيرها.

و من هنا لم يفرقوا فى الضمان المزبور بين العالمين و الجاهلين و المختلفين، و وسوسه بعض الناس فى صوره العالمين أو علم البائع فى غير محلها.

و كذا يضمن ما يزداد من قيمته لزياده صفه فيه و لو متجدده فى يده ثم ذهبت فنقصت قيمته. ف يرده حينئذ مع الأرش، إذ هو حينئذ كالعين المغصوبه فى هذه الأحكام.

بل فى المتن و غيره إن تلف فى يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثليا لأنه من المغصوب الذى عرفت حكمه كذلك عند المصنف و غيره، باعتبار أن المالك لم يأذن فى قبضه إلا على تقدير صحه البيع، فبدونه يكون موضوعا بيده بغير حق.

لكن فى المسالك «هذا يتم على تفسير الغصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أما لو اعتبرنا العدوان لم يتم كونه غاصبا إلا بتقدير علمه بالفساد و جهل البائع، أما مع جهلهما أو جهل المشترى فليست يده يد عدوان، و الوجه حينئذ أنه يضمن القيمه يوم التلف إن لم نقل فى الغاصب مطلقا كذلك، و إلا كان الحكم فيه كذلك مطلقا بطريق أولى».

و فيه أنه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضا، لما عرفت من أنه

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

القاهر غيره، كما عرفت أن الوجه فى ضمان الأعلى إن كان صحيح أبى ولاد(۱)اختص بالغاصب، و إلا فما ذكرناه من الوجه له لا يخصه خصوصا إذا قلنا: إن وجهه الدخول فى الضمان بمجرد القبض على معنى كونه مخاطبا برده أو قيمته لو تلف فى كل آن، فإذا فرض حصول العليا فى ذمته فى آن من الآنات لا دليل على سقوطها إلا إذا رد العين نفسها، و الأمر سهل بعد ما عرفت من تحقيق الحال فى المغصوب فضلا عن مفروض المقام.

و كيف كان فلا يخفى عليك أن المقام- حيث يكون الفساد من جهه كون المبيع مستحقا للغير- من مسأله تعاقب الأيدى على المغصوب التى قد عرفت تحقيق الحال فيها، كما أنه تقدم فى كتاب البيع(۲)جمله من أحكام المسأله.

إلا أن المصنف و غيره ذكروا ذلك منها هنا باعتبار بعض الأحكام الخاصه بها من حيث الشراء من الغاصب، فقال و لو اشترى من غاصب و لم يجز بناء على جريان الفضولى فيه ضمن العين و المنافع على حسب ما عرفت و لا يرجع على الغاصب بشى ء

إذا غرم منهما إن كان عالما ضروره كونه كالغاصب حكما، إذا لا غرور منه.

و لكن للمالك الرجوع على أيهما شاء فى المطالبه بالعين أو بدلها و منافعها و صفاتها حتى المتجدد فى يد المشترى منها، لأن كلا منهما مصداق

«على اليد ما أخذت»(۳)

و «المغصوب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الغصب- الحديث ۱.

۲- ۲ راجع ج ۲۲ ص ۴۱۳- ۴۱۶.

۳- ۳ المستدرك- الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴. و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

مردود»(۱)

و غیر ذلک من الأدله کتابا(۲)و سنه(۳)و إجماعا بقسمیه.

فان رجع علی الغاصب بالبدل رجع الغاصب علی المشتری الذی استقر الضمان علیه بالتلف

فی یده، لعدم الغرور.

و لذلک إن رجع المالک علی ه أی المشتری لم یرجع علی الغاصب بشی ء لاستقرار التلف فی یده الموجب للرجوع علیه، کما أوضحناه فی مسأله تعاقب الأیدی.

نعم لو کان قبل بیعه قد استوفی شیئا من المنافع أو مضی زمان یمکن استیفاء شی ء منها فیه أو نقصت فی یده نقصانا مضمونا اختص بضمانه من غیر أن یرجع به علی المشتری ابتداء أو عودا، بل لا رجوع للمشتری علی الغاصب مع علمه حتی بالثمن مع تلفه إجماعا عقوبه له.

بل فی المسالک أن الأشهر عدم الرجوع به مع وجود عینه، بل ادعی علیه فی التذکره الإجماع و إن کان لا یخلو من نظر قد تقدم فی کتاب البیع(۴). بل عن المصنف فی بعض رسائله قول بجواز الرجوع به حینئذ، بل فی الروضه حکایته عنه مطلقا، بل قواه هو فیها مصرحا بأن الواقع خلاف الإجماع المزبور، بل الشهید فی اللمعه أیضا صرح بالرجوع مع بقاء العین مع العلم و الجهل، و لا ریب فی قوته من حیث القواعد. هذا کله مع علمه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۴ من کتاب الخمس، و فیه « الغصب کله مردود».

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۹۴ و سوره الشوری: ۴۲- الآیه ۴۰ و سوره النحل: ۱۶- الآیه ۱۲۶.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الغصب.

۴- ۴ راجع ج ۲۲ ص ۳۰۵.

و إن كـان المشترى جاهلا بالغصب رجع على البائع بما دفع من الثمن إن باقيا و بـدله إن كان تالفا، لظهور فساد العقـد الموجب لتراد العوضين.

ثم إن كانت قيمه العين بقدر الثمن فذاك، و إن كانت أزيد ففى رجوعه على الغاصب بالزياده عن الثمن وجهان، من أن الشـراء عقد ضـمان، و قد شـرع فيه على أن يكون العين من ضـمانه و إن كان الشـراء صحيحا، و من دخوله على أن يكون المجموع فى مقابله الثمن، و هو يقتضـى كون الزائد عليه فى معنى التبرع به و إعطائه إياه بغير عوض، فأخذ (فإذا أخذ خ ل) منه عوضه فيرجع (رجع خ ل) به.

و فى المسالك «و هـذا قوى، و لا يمنع من ذلک كون البيع عقـد ضـمان، لأنه إن كان المراد من كونه عقـد ضـمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله و استقر عليه الثمن فهذا مسلم، و لكن لم يكن شارعا فيه على أن يضمن القيمه، و معلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه شـى ء بالتلف، غايته أن يكون ما قابل الثمن من المبيع مأخوذا بعوضه و الباقى سالم له بغير عوض، فكان الغاصب غارا موقعا إياه فى خطر الضمان، فليرجع عليه، و إن كان المراد غيره فلم قلتم: إن الشراء عقد ضمان مطلقا، و حينئذ فإن رجع المالـک على المشترى جاهلاـ بعوض المبيع لم يرجع به على الغـاصب البـائع إن لم تزد قيمته عن الثمن، و إن رجع به على الغـاصب رجع به على المشترى، و إن رجع بالزيـاده على المشترى رجع بهـا على الغـاصب، و إن رجع بها على الغاصب لم يرجع بها على المشترى، و يظهر من إطلاق المصنف عدم رجوع المشترى بالدرک مثلا أو قيمه، و من تعليله بكون قبضه مضمونا عدم رجوعه بالزائد، و قد عرفت جواب التعليل».

قلت: الظاهر صحه إطلاق المصنف و للمالک مطالبته بالدرک

إما مثلا- أو قیمه، و لا- یرجع بذلک علی الغاصب، لأنه قبض ذلک مضمونا، و لو طالب الغاصب بذلک رجع الغاصب علی المشتری الذی هو غیر مغرور بالنسبه إلی ذلک، و یده ید ضمان للشی ء مثلا أو قیمه لو فسد البیع بفساد صیغه و نحوها، کما لا إشکال فی عدم رجوعه به، و هذا معنی إقدامه علی کون العین مضمونه علیه، لا ما ذکره.

و ما فی الروضه- من أن ضمانه للمثل و القیمه أمر زائد علی فوات العین الذی قد قدم علی ضمانه و هو مغرور من البائع بکون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزله ما رجع علیه به، و قد حصل فی مقابلته نفع بل أولی- لا محصل له، خصوصا قوله: «فالزائد» إلی آخره. بناء علی عدم رجوعه بمثله.

ثم قال: «هذا إذا کانت الزیاده علی الثمن موجوده حال البیع، أما لو تجددت بعده فحکمها حکم الثمره، فیرجع بها أیضا کغیرها مما حصل له نفع فی مقابله علی الأقوی، لغروره و دخوله علی أن یکون ذلک له بغیر عوض».

و هو مثل سابقه أیضا، ضروره کون الاقدام المزبور إنما هو علی تقدیر صحه البیع لا مطلقا، إذ هو معنی کون البیع عقد ضمان کما عرفت، و دعوی أن الفعل نفسه غرور ممنوعه بعد ما عرفت من کون مبناه کذلک نحو الفساد بغیر ذلک من الخلل فی الشرائط الذی لا کلام عندهم فی ضمان المشتری المبیع بزیاده قیمته حتی مع علم البائع بالفساد دون المشتری و إن وسوس فیه بعض الناس لکنه فی غیر محله.

و احتمال الفرق بأن ذلک إنما نشأ من الجهل بالحکم الشرعی الذی لا مدخلیه فیه للبائع بخلاف المقام الذی منشأه الجهل بالموضوع، و الفرض علم البائع به دونه.

يـدفعه (أولاـ) أن المسـأله عنـدهم عـامه لمـا إذا كان البائع عالما أو لا و إن فرضت فى المقام مخصوصه. (و ثانيا) مبنى الضـمان عندهم أن فعل البائع من التسبيب الذى ترتب عليه فعل المشترى، سواء كان البائع عالما أولا، كتسبيب حفر البئر للتردى فيها و إن لم يقصد الحافر ذلک و لا علمه.

و فيه إمكان منع التسبيب المقتضـى للضـمان فضـلا عن كون القرار عليه، خصوصا بعـد ملاحظه ما ذكرنا من أن مقتضـى الاقدام على المعاوضه ذلک، فتأمل جيدا، و الله العالم.

هذا كله بالنسبه إلى الثمن. و أما ما يغترمه (ما يغرمه خ ل) المشترى مما لم يحصل له فى مقابلته نفع كالنفقه و العماره إذا نقضها المالـک فله الرجوع به على البـائع الـذى هو الغـاصب، لأـنه دخل على أن يكون ذلک له بغير غرم، و إنما جاء الضـرر من تغرير الغاصب، و كـذا القول فى أرش نقصانه، و ظاهرهم عدم الخلاف فيه، معللين له بالغرور الذى هو من السـبب المقتضـى للضـمان مقدما على غيره مما هو أضعف منه.

و هو إن تم إجماعـا فـذاک، و إلا كان للنظر فيه مجال لا يخفى عليک وجهه بعـد الإحاطه بما ذكرناه من منع مثله سـببا يقتضـى الضـمان على وجه يقـدم على مباشـره المشترى، مضافـا إلى اقتضاء معنى كون البيع عقـد ضـمان على الوجه الـذى ذكرناه ذلک أيضا، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و من ذلک ما لو كان المبيع جاريه ف أولدها المشترى كان الولد حرا قطعا، لأنه ولد شـبهه من الحر، فيلحق بأبيه و إن غرم قيمه الولد للمالک باعتبار أنه نماء ملكه و قد أتلفه عليه.

و لكن يرجع بها على البائع الغاصب كما صرح به فى الموثق(١)و لأنه أقدم على أن يسلم له الولد حرا من غير غرامه.

و الكلام فى تخيير المالك كغيره من مسائل الغرور. فقيل: لا يرجع المالك إلا على الغاصب باعتبار كونه الغار. و قيل فى هذه: له مطالبه أيهما شاء، لكن لو طالب المشترى المغرور رجع بها على البائع الغاصب الغار و لو طالب البائع لم يرجع بها على المشترى لأن قرار الضمان عليه، لأنه أقوى.

و فيه احتمال آخر و هو- كما فى المسالك- إلحاق عوض الولد بما حصل له نفع فى مقابلته كالمهر، لأن نفع حريه الولد يعود إليه.

و يمكن أن يريد به احتمال عدم التخيير، بل يتعين رجوع المالك ابتداء على البائع بناء على كونه الغار، نحو ما سمعته فيمن قدم إلى غيره طعام الغير و أكله، و الأمر سهل خصوصا بعد ما عرفت من أن الأصح فى تلك التخيير.

أما ما حصل للمشترى فى مقابلته نفع كسكنى الدار و ثمره الشجر و الصوف و اللبن فقد قيل: يضمنه الغاصب لا غير، لأنه سبب الإتلاف، و مباشره المشترى مع الغرور ضعيفه، فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاما و أطعمه المالك الذى قد عرفت الكلام فيه سابقا.

و قيل: له إلزام أيهما شاء، أما الغاصب فلمكان الحيلوله، و أما المشترى فلمباشره الإتلاف، فإن رجع على الغاصب رجع على المشترى لاستقرار التلف فى يده، و إن رجع على المشترى لم يرجع على الغاصب لما عرفت من كون قرار الضمان عليه، و هو المحكى عن الشيخ و ابن إدريس.

و الأول أشبه (١١) عند المصنف هنا و فى كتاب التجاره و محكى

١- ١ الوسائل- الباب- ٨٨- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- الحديث ٥ من كتاب النكاح.

التنقيح، لقوه السبب على المباشر، بل لو قلنا بجواز رجوع المالك على المشترى باعتبار حصول التلف فى يده كان له الرجوع على الغاصب للغرور. فإنه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجانا من غير دفع عوض فهو كما لو قدم إليه طعام الغير و أكله فرجع المالك عليه.

لكن لعل خلافهم هنا يومئ الى عدم تحقق قاعده الغرور فى المقام، و إلا فلا مدخليه لحصول النفع فى مقابلته، إذ ليس هو بأعظم من أكل المغرور الطعام الذى قدم اليه، و مع ذلك جزموا بكون الضمان أو قراره على الغار.

و لعله لذا قال فى الرياض: «و القول بعدم الرجوع أوفق بالأصل مع عدم معلوميه صلوح المعارض للمعارضه، بناء على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغار بمجرد الغرور و إن لم يلحقه ضرر، كما فيما نحن فيه بمقتضى الفرض، لاستيفائه المنفعه فى مقابله ما غرمه، و الإجماع على هذه الكليه غير ثابت بحيث يشمل مفروض المسأله، نعم ربما يتوجه الرجوع حيث يتصور له الضرر بالغرور، كما إذا أخذت منه قيمه المنافع أزيد مما يبذله هو فى مقابلتها من غير ملكه و نحو ذلک» و إن كان ما ذكره لا يخلو من نظر، ضروره عدم مدخليه التضمين بقاعده الغرور فى حصول الضرر و عدمه، بل هو من باب قوه السبب على غيره و لو المباشره.

نعم إنما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذى يترتب عليه الضمان، إذا المسلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانيه ابتداء، كالإباحه و الهبه و العاريه و نحوها، بخلاف ترتب فعل المشترى هنا على زعم كونه مالكا الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصا مع جهل البائع بالحال كالمشترى، فتأمل.

و لو كـان المغصوب جـاريه بكرا فافتضـها المشترى فرجع عليه بـالعوض ففى المسالك فى رجوعه به الوجهان، لحصول نفع فى مقابلته، و أولى بعدم الرجوع هنا لو قيل به ثم، لأنه بدل جزء فيها أتلفه، فأشـبه ما لو قطع عضوا من أعضائها، و أما المنافع التى لم يسـتوفها و فاتت تحت يده فيرجع عليه بها ففى حكم ما لم يحصل له فى مقابلته نفع و أولى بالرجوع، لأنه لم يتلف و لا شرع فى العقد على أن يضمنها.

قلت: لاـ يخفى عليـك وجه الكلام فى الأخير بعـد الإحاطه بما ذكرناه إن لم يكن إجماعا و الظن بعـدمه، فإن ملاحظه اختلافهم فى مسأله الزياده و مسأله ما كان له نفع فى مقابله و مسأله حريه الولـد و عـدم خلافهم فى الرجوع فيما يغرمه من النفقه و العماره و فيمـا لاـ نفع له فى مقـابله ما فات تحت يـده و غير ذلك تقتضـى عـدم تنقيـح المسأله عنـدهم على وجه تكون إجماعيه، و إن أمكن وجه الفرق بين مسأله الزياده و الغرامه بأن الزياده من مقتضـى ضمان المعاوضه الذى أقدم عليه، فلا رجوع له بها، بخلاف الغرامه، فـإنه خارجه عن المعاوضه، و إنما تترتب على إيقاع البائع البيع، كتقـديم الطعام للأكل، و إن كان فيه ما فيه أيضا كما لا يخفى عليك بعد التأمل فيما ذكرناه، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو غصب مملوكه فوطأها فإن كانا جاهلين بالتحريم لزمه مهر أمثالها]

المسأله الخامسه التى تقدم فى كتاب البيع(۱)و النكاح(۲)تفصيل الكلام فيها، و لكن لا بأس بإعادته على الاجمال هنا، فنقول لو غصب

۱- ۱ راجع ج ۲۴ ص ۲۲۵- ۲۲۸.

۲- ۲ راجع ج ۳۰ ص ۲۲۲.

غـاصب مملوکه فوطأهـا فـإن کانـا معـا جاهلین بالتحریم للجهل بتحریم الزنا مطلقا، أو لتوهم حلها خاصه، لـدخولها بالغصب فی ضمانه، و إن کان لا تقبل دعواهما ذلک إلا مع احتمالها، للقرب من عهـد الإسـلام، أو للتولد فی موضع بعید منه، أو لقصور فی معرفه ذلـک أو لظن أنهـا جـاریته و أنه سـیدها، أو لغیر ذلـک لزمه مهر أمثالهـا کمـا عن المبسـوط و السـرائر و التحریر و جـامع المقاصد و

غیرها للشبهه المقتضیه ضمان قیمه منفعه البضع المقدره بذلک بعد عدم التقدیر شرعا.

و قیل کما عن بعض أصحابنا علی ما فی محکی السرائر:

عشـر قیمتها إن کانت بکرا، و نصف العشر إن کانت ثیبا بل هو خیره الإرشاد و الدروس هنا، بل قد تقدم فی کتاب النکاح(۱)ما یستفاد منه قوته، للنصوص المستفیضه حد الاستفاضه أو متواتره التی فیها الصحیح و غیره المشتمله علی التعلیل المستفاد منه عدم الاختصاص فی المورد و علی التفصیل الذی یحکم به علی المطلق منها.

قال ابن سنان فی الصحیح(۲): «سألت أبا عبد الله (علیه السلام)

عن رجل اشتری جاریه لم یعلم بحبلها فوطأها، قال: یردها علی الذی ابتاعها، و یرد علیه نصف عشر قیمتها، لنکاحه إیاها».

و فی الکافی و فی روایه اخری(۳)«إن کانت بکرا فعشر قیمتها و إن لم تکن بکرا فنصف عشر قیمتها».

و فی حسن عبد الملک بن عمر(۴)عن أبی عبد الله (علیه السلام)

۱- ۱ راجع ج ۳۰ ص ۲۲۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۱ من کتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۴ من کتاب التجاره.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب الحدیث ۳ من کتاب التجاره.

«یرد الحبلی و یرد معها نصف عشر قیمتها»

و نحوه خبر فضیل(۱)و سعید بن یسار(۲).

و ما

فی التهذیب(۳)- من روایه حسنه أخری لعبد الملک عنه (علیه السلام) أیضا «فی الرجل یشتری الجاریه و هی حبلی فیطؤها، قال: یردها و یرد عشر ثمنها إذا کانت حبلی»

- محمول علی الغلط من الراوی أو الناسخ بإسقاط لفظ «نصف» لیطابق غیره.

و فی

خبر طلحه بن زید(۴)«إذا اغتصب الرجل أمه فاقتضها فعلیه عشر ثمنها، فان کانت حره فعلیه الصداق».

و فی الصحیح(۵)سأل الصادق (علیه السلام) «أ رأیت إن أحل جاریه لأخیه ما دون

فرجها فغلبته الشهوه فاقتضها؟ قال: یغرم لصاحبها عشر قیمتها إن کانت بکرا، و إن لم تکن بکرا فنصف عشر قیمتها».

و فی

صحیح ابن صبیح(۶)«فی رجل تزوج امرأه فوجدها أمه دلست نفسها- إلی أن قال (علیه السلام)-: و لموالیها عشر قیمتها إن کانت بکرا، و إن کانت غیر بکر فنصف عشر قیمتها»

إلی غیر ذلک من النصوص المذکوره فی کتاب النکاح(۷)و وطء أحد الشریکین فی البیع(۸).

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب- الحدیث ۸ من کتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب- الحدیث ۹ من کتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام العیوب- الحدیث ۷ من کتاب التجاره.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴۵- من أبواب المهور- الحدیث ۲ من کتاب النکاح.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۳۵- من أبواب نکاح العبید و الإماء- الحدیث ۱ من کتاب النکاح.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۶۷- من أبواب نکاح العبید و الإماء- الحدیث ۱ من کتاب النکاح.

۷- ۷ راجع ج ۳۰ ص ۲۱۸- ۲۲۸ و ۳۶۶- ۳۷۲.

۸- ۸ راجع ج ۲۴ ص ۲۴۳- ۲۴۵.

بل حكيت الشهره على هذا القول مستفيضا فيما إذا ظهر استحقاق الأمه الموطوءه، بل عن صريح خلاف الشيخ و ظاهر إيضاح النافع الإجماع عليه.

فمن الغريب بعد ذلك دعوى أن القول المزبور فى غايه الضعف، و أن دليله فى غير مورد البحث، بل من النصوص المزبوره يستفاد ضعف القول بمهر المثل إن لم يكن المراد به المذكور فى النصوص المزبوره.

كما أن منها يستفاد ضعف القول الآخر الذى أشار إليه المصنف بقوله:

و ربما قصر بعض الأصحاب هذا الحكم أى مهر المثل أو العشر و نصفه على الوطء بعقد الشبهه دون الوطء بغيره، لأن منفعه البضع لا تضمن بدونه، كما يظهر فى الزانيه، و كأنه من الاجتهاد فى مقابل النص و الفتوى بل الإجماع.

كما أن الظاهر من النصوص المزبوره عدم عشر آخر عوض البكاره التى أزيلت بالوطء المشتمل على استيفاء منفعه البضع و جنايه زوال البكاره.

و لعله لذا قال بعضهم بوجوب عشر آخر مضافا إلى وجوب العشر لو اقتضها بالإصبع، فلو اكتفى به فى الوطء أيضا كان الانتفاع بالوطء بغير عوض. إلا أن ذلك كما ترى كالاجتهاد فى مقابله النص أو الظاهر كالنص المعتضد بالأصل و غيره.

و من هنا استظهر فى الدروس بالتداخل على تقدير وجوب العشر دون مهر المثل، قال: «و لو كانت بكرا فعليه مع المهر أرش البكاره إن قلنا بمهر المثل، و إن قلنا بالعشر فالظاهر التداخل».

و لعله لظهور نصوص العشر فيه، بخلاف مهر المثل الذى مستنده على القول به القاعده التى لا يدخل فيها أرش الجنايه.

لكن قد يناقش (أولا) بظهور نصوص أخر(۱)فيه كالعشر قد تقدمت فى المباحث السابقه. و (ثانيا) بأن مهر المثل ملحوظ فيه أرش البكاره كما فى الحره التى لا أجد أحدا- ممن يعتد به- ذكر فيها أرش الجنايه مضافا إلى المهر، و حينئذ ف يدخل فيه ديه البكاره.

نعم لو اقتضها بإصبعه لزمه ديه البكاره و هى العشر أو التفاوت أو أكثر الأمرين، و هو الأصح كما سمعته سابقا فى جنايه الغاصب.

و لو وطأها مع ذلك لزمه الأمران لأنهما حينئذ سببان مستقلان، و الأصل عدم تداخلهما، كما جزم بذلك كله فى التحرير و غيره قال: «و لو اقتضها بإصبعه لزمه أرش البكاره، فإن وطأها بعد ذلك لزمه الأمران، و لو ذهبت البكاره بالوطء لم يجب أكثر من المهر أو العشر».

و من ذلك يعرف النظر فيما فى المسالك، حيث إنه بعد أن ذكر وجه وجوب الأمرين فى الاقتضاض بالإصبع ثم الوطء قال: «و ذهب جماعه منهم العلامه فى التحرير و الشهيد فى الدروس إلى التداخل، لأن البكاره ملحوظه على تقدير وجوب المهر أو العشر، و يزيد باعتبارها الواجب، و لو وجب أرش البكاره منفردا لزم وجوب مهر ثيب لا بكر كما لو اقتضها بإصبعه ثم وطأها، فلا وجه للجمع بينهما، و أجيب بأن ملاحظه البكاره فى مهر المثل أو العشر لا يقتضى التداخل، لأن ملاحظتها من حيث إن وطء البكر خلاف وطء الثيب، فملاحظتها باعتبار الوطء لا باعتبار الجنايه، فلا بد للبكاره من شىء زائد، و هو عشر آخر على قول أو أرش نقصان قيمتها عن حاله البكاره إلى الثيبوبه نظرا إلى نقصان (نقص خ ل) الماليه».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۲- من أبواب حد الزنا- من كتاب الحدود و التعزيرات.

و فيه (أولا) أنك قد سمعت ما فى التحرير و الدروس من التداخل فى الوطء دون الفرض الذى لم يحضرنى أحد قال بالتداخل فيه، بل و لا وجه معتد به له، و يمكن أن يكون نص المصنف و غيره عليه للتنبيه على خلاف بعض العامه.

و (ثانيا) أن ما ذكره من عدم التداخل فى صوره الوطء و إن كان هو المحكى عن المبسوط و التذكره و جامع المقاصد و بيع الروضه و محتمل السرائر لما ذكره من التعليل إلا أنك عرفت ظهور النصوص على كثرتها فى عدم وجوب شى ء غير العشر أو مهر المثل، خصوصا مع ملاحظه أنها فى مقام البيان، بل يمكن أن يكون من قبيل الاجتهاد فى مقابله النص.

نعم بقى شى ء فى مفروض المسأله، و هو احتمال استحقاق مهر البكر و إن كان وطؤها بعد الاقتضاض بالإصبع، بناء على أن المراد من البكر هى التى لم توطأ و إن ذهبت بكارتها بإصبع و نحوه، إلاـ أن المنساق إلى الذهن خلافه، فتستحق حينئذ فى الفرض أرش البكاره و مهر الثيب:

نصف العشر أو غيره.

و على كل حال فقد ظهر لك مما ذكرناه أن القول بالتداخل فى زوال البكاره بالوطء لذلك لا يقتضى القول به فى مفروض المسأله، و هو واضح.

كما أن منه يعلم عدم وجوب أكثر الأمرين به من العشر و التفاوت و إن قلنا به فى غير ذلك من جنايه الغاصب فيما له مقدر، للنصوص التى منها المشتمل على الغصب و ما فى معناه المقتصر على وجوب العشر(۱)فما فى القواعد- من احتمال ذلك بل عنه فى المختلف الفتوى به- لا يخلو من نظر، نعم هو كذلك فيما لو اقتضها بإصبعه، كما أشرنا إليه سابقا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۵- من أبواب المهور- الحديث ۲ و الباب- ۳۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- الحديث ۱ و الباب- ۶۷- منها- الحديث ۱ من كتاب النكاح.

بل الظاهر وجوب العشر أيضا لو وطأها بالعقد بزعم الصحه، لما سمعته من كون المستفاد من النصوص(۱)على كثرتها أن ذلک هو المقدر لها فی کل وطء محترم لم يثبت له مسمی، و خصوص خبر المدلسه(۲).

فما فی القواعد من احتمال وجوب الأكثر فی العقد فی غير محله، قال فيها: «فلو وطأ الجاريه جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها، أو عشر قيمتها مع البكاره و نصفه مع الثيبوبه، و يحتمل مع البكاره الأكثر من الأرش و العشر، و مع العقد الأكثر من الأرش و العشر و مهر المثل» و إن كان فی قراءه «مهر المثل» بالرفع أو الجر إشكال؛ إلا أن الظاهر الأول، فيكون احتمالا مستقلا، لا أنه داخل فی الأكثر.

و على كل حال فالتحقيق ما ذكرناه من وجوب العشر مطلقا، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فی أن عليه اجره مثلها من حين غصبها إلى حين عودها نعم فی جامع المقاصد و المسالک تقييد ذلک بغير زمن الوطء الذی قد ضمن فيه منفعه البضع.

و فيه- مع قصور الزمن المزبور بحيث لا يقدح فی تقويم اجره مثلها- أنه يمكن أن

يكون لها منفعه تجامع الوطء، فيضمنها أيضا.

ثم الكلام فيما لو تعددت منافعها على وجه يمكن جمعها أو لا يمكن كالكلام السابق، و ربما كان فی إطلاق المصنف و غيره هنا اجره المثل إيماء إلى اعتبار الأعلى إذا لم يكن قد استوفاه، و دعوى انطباق اجره

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام العيوب- من كتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶۷- من أبواب نكاح العبيد و الإماء- الحديث ۱ من كتاب النكاح.

المثل علیه ممنوعه. کما تقدم الکلام فی ذلک مفصلا، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو أحبلها لحق به الولد للشبهه بلا خلاف معتد به، بل عن الخلاف و المبسوط الإجماع علی ذلک فی مسأله ظهور استحقاق الأمه الموطوءه فی باب البیع.

فما عن المقنعه و النهایه- من الحکم برقیه الولد إلا أن یرضیه الأب عنه بشی ء- شاذ أو یریدان ما ذکره المصنف و غیره من أن علیه قیمته یوم سقط حیا بل لا أجد فیه خلافا، لا لأنه وقت الحیلوله بین مولی الأمه و بین ما هو من نمائها و تابع لها، فیقوم حینئذ دقیقا و تدفع قیمته للمولی، کما علله به غیر واحد، إذ هو کما تری، بل للنصوص المستفاد منها ذلک، و لولاها لأشکل الحال فی أصل ضمانه، لأنه حر و لم یکن مالا للمالک، و قد حال الغاصب بینه و بین صاحبه.

و دعوی أن المراد بالحیلوله هو أنه لولا أنه مشتبه یلحق به الولد لکان ملکا للمولی واضحه الفساد. نعم قد یقال بضمان الغاصب بتفاوت قیمه الجاریه بذلک لا قیمه الولد، فتأمل جیدا، فإن المسأله غیر محرره، و تظهر ثمره ذلک فیما تسمعه من عدم الضمان لو سقط میتا و غیره، و الله العالم.

و کذا یضمن الغاصب أرش ما ینقص من الأمه بالولاده بلا خلاف و لا إشکال، لما عرفت من ضمان ذلک کله علی الغاصب، و هو واضح.

و لو سقط میتا قال الشیخ رحمه الله فی محکی المبسوط:

لم یضمنه الغاصب لعدم العلم بحیاته و تبعه فی التحریر و الدروس.

و فيه إشكال ينشأ من تضمين الأجنبى لو أسقطه مع أن الأصل أيضا عدم حياته.

و لكن فرق الشيخ بين وقوعه بالجنايه و بين وقوعه بغير جنايه قال ما لفظه: «لو أحبلها الغاصب جاهلا بالتحريم ثم ولدته ميتا لم يضمن الغاصب قيمه الولد، لأنه لا يعلم كونه حيا قبل هذا، و لأنه ما حال بينه و بين سيده فى وقت التصرف، و لو ضربها أجنبى فألقت الجنين ميتا فعلى الضارب الضمان، لأن الإلقاء عقيب ضرب بطنها مسقط للولد غالبا، بخلاف ما إذا سقط لنفسه، لأن الأصل الموت حتى يعلم غيره».

و ظاهره التردد فى الفرق، بل هو صريح كلامه الآتى، و مثله الفاضل فى القواعد، بل عن غير واحد الجزم بضعفه، باعتبار أن عدم العلم بحياته ثابت على التقديرين، مع أنه لا يتم إطلاقه مع العلم بحياته و لو بولادته بعد الأربعه أشهر أو الخمسه، بناء على ما فى النصوص(۱) من ولوج الروح فيه حينئذ، أو لغير ذلك من ولادته كامل البدن على وجه يظهر منه أنه كان حيا، خصوصا مع الحركه و نحوها.

كما أنه لا يتم أيضا بالنسبه للجانى، ضروره أعميه الجنايه من الحياه، فإنها قد تكون فى حال العلم بعدم ولوج الروح فيه، و لذا كان المحكى عنه فى الديات الضمان بها مطلقا على وجه يظهر منه المفروغيه من ذلك أو الإجماع عليه، كنسبه الحلى له إلى الروايات.

و من ذلك يعلم كون التعليل المزبور منه تقريبا لا تحقيقا، فلا وجه للإيراد عليه، بل يحتمل كون مراده تنزيل الجنايه

منزله الحياه بالنسبه إلى الضمان، و إلا فلا فرق بين السقوط من دون جنايه، و معها بالنسبه

۱- ۱ الكافى ج ۶ ص ۱۳.

للحیاه و الموت، نعم یتجه الفرق بینهما بثبوت الـدلیل علی الجنایه من إجماع أو نصوص أو غیرهما من غیر فرق بین العلم بولوج الروح فیه و عدمه، بل حتی لو علم عدم ولوجها فیه، بخلاف السقوط.

و احتمـال أن ضـمانه هنـا لأـن یـد الغاصب یـد ضـمان یـدفعه أنه حر لا یـدخل تحت الیـد، و لا یرد ضـمان الغاصب إیاه بجنایه الأجنبی لـدلیله إن کان، و إلا أشـکل الرجوع علی الغاصب، لعـدم کونه جانیا و عدم ید ضـمان له علیه، نحو ما قاله بعضـهم من عـدم رجوع المالک بالمهر علی من غصب جاریه و باعها فوطأها المشتری، لعـدم الاستیفاء منه و عـدم دخول البضع تحت الیـد، بل هذا اولی.

بـل إن لم یکن دلیـل علی ذلـک أشـکل أصـل رجوع المالـک، لأـنه انعقـد حرا، فلیست دیته إلا للغاصب، و دعوی أن القاعـده ضمان ید الغاصب کل ما یضمن بجنایه جان یدفعها أنه بعد انعقاده حرا لیس من المغصوب فی شی ء.

کما أن ضمان القیمه یوم الولاده للنص(۱)و الفتوی لا یقتضـی الضمان مع السقوط میتا، و الفرض انعقاده حرا. فما فی الإرشاد و جامع المقاصد و المسالک من ضـمان الغاصب دیه جنین أمه لا یخلو من نظر حینئذ، علی أن المتجه حینئذ ضـمانه مقدر الحیاه، کما لو ولد مریضا، و خصوصا إذا کان سقوطه میتا فی زمن الولاده.

و من هنا قیل: إن الذی صرحت به عباراتهم و أفصحت به روایاتهم فی باب الدیات أن جنین الأمه إذا لم تلجه الروح أو لم تعلم حیاته له مقدر شرعا، و هو عشر قیمه أمه وقت الجنایه، و إن ولجته الروح فقیمته یوم سقط حیا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶۷- من أبواب نکاح العبید و الإماء- الحدیث ۵ من کتاب النکاح.

و حینئذ ففی الفرض لو ضربها أجنبی فسقط جنینها ضمن الضارب للغاصب دیه جنین حر لأن الولد محکوم بحریته للشبهه و ضمن الغاصب للمالک دیه جنین أمه قیل: لأنه ضامن للمالک قیمته علی تقدیر کونه مملوکا، کما لو ولد حیا.

و فی المسالک «و لا یتوقف مطالبته بحقه علی أخذ الغاصب حقه من الجانی، بل کل

واحد من الحقین متعلق بذمه غریمه من غیر تقیید بالآخر».

و قد یظهر من هذه العباره بل و عباره المتن و غیره أنه لا تخییر للمالک فی الرجوع هنا علی الجانی و الغاصب، و إنما یتعین حقه علی الغاصب خاصه، و لعله لما عرفت من أن مقتضی القواعد اختصاص حق الجنایه بالغاصب، لأنه انعقد حرا، فلا حق للمالک علیه إلا- أن یکون هناک دلیل مخصوص فیتبع، و لعله خاص بالرجوع علی الغاصب کما هو ظاهر من عرفت، لا أقل من أن یکون ذلک هو المتیقن منه إن کان إجماعا أو استظهارا مما ورد(۱)فی ضمانه لو ولد حیا أو غیر ذلک.

بل المتجه بناء علی ما سمعته منهم التفصیل بین ولوج الروح و عدمه فیضمن الغاصب فی الأول قیمته یوم سقوطه مفروض الحیاه، و فی الثانی دیه جنین، فتأمل جیدا، فان کلامهم فی المقام لا یخلو من تشویش.

و لو کان الجانی هو الغاصب ففی المسالک «ضمن للمالک دیه جنین أمه، و باقی دیه جنین الحره للإمام؛ لأن القاتل لا یرث، و الأمه رقیقه لا ترث» و الله العالم. هذا کله فی الجاهلین.

و لو کان ا أی الغاصب و الأمه عالمین بالتحریم فللمولی المهر و الولد و الأرش إن أکرهها الغاصب علی الوطء بلا خلاف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۱- من أبواب دیات الأعضاء- الحدیث ۱ من کتاب الدیات.

و لا إشكال، بل في المسالك الاتفاق عليه و عليه أى الغاصب الحد لكونه زانيا.

و إن طاوعت حد الواطئ بل هما معا و لا مهر فى المشهور، للأصل و

النبوى(۱)«لا مهر لبغى»

الذى لا وجه للبحث فى سنده بعد أخذ الأصحاب له مسلما، و لا فى دلالته على المطلوب بعد العموم اللغوى المحتاج فى تقييده بالحره إلى دليل، و إطلاق لفظ المهر لا يقتضى ذلك و إن اختصت اسم المهيره بالحره، لكن من الشائع أيضا فى النص(۲)و الفتوى إطلاقه على عوض بضع الأمه، فيقال: مهر الأمه، و أن لها مهر، أو مهرها عتقها، و غير ذلك.

و كون اللام للتمليك أو الاختصاص أو الاستحقاق و الثلاثه منتفيه عن الأمه لا ينافى انسياق إراده ما ثبت بسبب وطئها،

سواء كان لها أو لغيرها أى مولاها، نحو ما يقال: الأجره للدار أو للدابه.

و دعوى أن زناها لا ينافى ثبوت حق المالك من حيث الماليه يدفعها أن ماليه البضع لا تخلو من شائبه التعبد، و لذا لا يثبت عوضه على حسب غيره من المنافع، بل لا بد له من ضابط خاص، فلا يثبت حينئذ إلا حيث يثبته الشارع.

و قيل و إن كنا لم نعرف القائل قبل المصنف يلزمه عوض الوطء، لأنه للمالك نعم هو خيره الفاضل فى التذكره و المختلف و ثانى الشهيدين فى بيع الروضه و رهنها، بل مال إليه أولهما فى الدروس،

۱- ۱ لم نعثر على هذا اللفظ بعد التتبع فى مظانه، و إنما الموجود فى سنن البيهقى ج ۶ ص ۶ « نهى النبى ص عن مهر البغى» و « لا يحل. و لا مهر البغى» و أنه« سحت» أو« خبيث».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۵- من أبواب نكاح العبيد و الإماء من كتاب النكاح.

بل هو ظاهر إطلاق بيع اللمعه.

و لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب التى منها أصل البراءه المعتضد بما سمعت السالم عن معارضه ما عرفت، إلا أنه قد يستفاد من الصحيحتين السابقتين(۱)ثبوته للمولى و لو من ترك الاستفصال و نحوه.

إلا أن تكون بكرا، فيلزمه أرش البكاره بلا خلاف أجده فيه، بل عن فخر الإسلام

الإجماع عليه، لأنها جنايه، و كل جنايه مضمونه على الغاصب، بل لو زالت بكارتها فى يده بغير ذلك ضمنها أيضا، و نفى المهر لها لا ينافى ثبوت ذلك لها، و إن كان لم يظهر له فائده بناء على أن أرش البكاره عشر قيمتها، و هو المقدر لها مهر، فمع فرض زناها و قلنا لا مهر لمولاها لأنها بغى كان له أخذ العشر من حيث الجنايه بزوال البكاره.

و لكن قد يشكل ذلك بما سمعته سابقا من ظهور النصوص(۲)فى دخول أرش البكاره فى المهر بناء على أنه العشر، فمع فرض إسقاطه من الشارع لكونها زانيه يتبعه هو أيضا فى السقوط، فتأمل جيدا.

و لو حملت لم يلحق به الولد و كان رقا لمولاها بلا خلاف بل و لا إشكال، لأن الفرض كونه زانيا، فليس له إلا الحجر و كذلك هى، إلا أنه يبقى كونه نماء للمالك فيملكه حينئذ من هذه الجهه كولد البهيمه من حيث النسبه.

كما أنه لا خلاف و لا إشكال فى أنه يضمن الغاصب ما ينقص بالولاده كما فى كل عين مغصوبه.

۱- ۱ فى ص ۱۸۶.

۲- ۲ المتقدمه فى ص ۱۸۵ و ۱۸۶.

و لو مات ولدها فی يد الغاصب ضمنه ضروره كونه مغصوبا كأمه.

و لو وضعته ميتا ففی ما حضرنا من نسخ المتن قيل:

لا يضمن، لأنا لا نعلم حياته قبل ذلک، و فيه تردد لكن فی المسالک «أن المصنف جزم هنا بضمانه» و لعله عثر علی نسخه اخری، بل لعلها هی الأصح، ضروره كون الجنين فی الفرض مملوک كحمل البهيمه، فيكون مضمونا علی الغاصب، و الحمل الذی لم تلجه الروح أو لم نعلم حياته له قيمه شرعا، و هو العشر فيضمنه.

هذا و لكن فی القواعد «و لو وضعته ميتا فالإشكال كما تقدم» و مقتضاه اتحاد المسألتين، و فی جامع المقاصد «و ربما رجح الضمان هنا بأن التقويم فی الأول إنما هو بعد وضعه حيا بخلافه هنا، و لا أثر له، لأن المراد التقويم المخصوص، لا وجوب ديه الجنين الذی يراد وجوبه فی الموضعين».

قلت: و لا يخفی عليک وضوح الفرق بين المسألتين، و من الغريب ما فی التحرير و الدروس و محكی المبسوط من الجزم بأنه لا شی ء عليه، إذ هو كما تری.

و علی كل حال ف- لو كان سقوطه بجنايه جان لزمه ديه جنين الأمه علی ما يذكر فی الجنايات.

و لو كان الغاصب عالما و هی جاهله لم يلحق به الولد لكونه زانيا و وجب عليه الحد و المهر بلا خلاف و لا إشكال.

و لو كان بالعكس أی هو جاهل و هی عالمه لحق به الولد و سقط عنه الحد. و أما المهر ففيه البحث السابق و عليها الحد (۱۱) لأنها زانيه، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا غصب حبا فزرعه أو بیضا فاستفرخه الزرع و الفرخ للغاصب]

المسأله السادسه:

إذا غصب حبـا فزرعه أو بیضـا فاسـتفرخه قیـل و القائـل الشـیخ فی المحکی من غصب خلافه و مبسوطه و ابن حمزه فی الوسـیله الزرع و الفرخ للغاصب محتجا علیه بأن عین المغصوب قـد تلفت، فلا یلزم الغاصب سوی قیمتها أو مثلها، بل عنه فی الخلاف من یقول: إن الفرخ عین البیض و أن الزرع هو عین الحب مکابر، بل المعلوم خلافه.

و قیل و القائل الأکثر، بل فی الدروس أنه فتوی من سبق الشـیخ: إنه للمغصوب منه بل عن الناصریه نفی الخلاف فیه، بل عنها و عن السـرائر الإجماع علیه، بل عن الخلاف فی باب الـدعاوی و المبسوط فی باب العاریه التصـریح بما علیه الأصـحاب، و من هنا أساء الأدب ابن إدریس بقوله: «فقد دخل رحمه الله فی جمله من یکابر».

و علی کل حال ف- هو أشـبه بأصول المذهب و قواعده التی منها استصـحاب الملک لهما و إن تغیرت الصوره التی هی لیسـت عنوان الملکیه، و لذا لا إشـکال فی بقائهما علی الملک لو فرض اسـتحالتهما إلی ذلک من دون غصب، ضـروره کون الاستحاله بالنسبه إلی ذلک کتغییر صفات الشی ء من السمن و نحوه.

بـل من القطعیـات عنـدهم عـدم خروج الثوب مثلاـ عن الملـک بقطع الغـاصب له قطعـا متعـدده، حتی قیـل: إن الشـیخ نفسه من المصرحین بذلک، مع أنه أولی بصدق اسم التلف علیه.

و کون البیضه تصـیر علقه و نحوها إذا صارت فرخا فتخرج بذلک عن الملک، فیملکها الغاصب حینئذ بوضع الید نحو ما سـمعته فی الخمر

إذا تخللت- مع أنه لاـ يتم فى الزرع، و مبنى على خروجها عن الملك بـذلک- لم يحک عن الشـيخ مثله فى العصـير إذا انقلب خمرا فى يـد الغـاصب ثم صـار خلا فى يـده، بل ظاهره كغيره أن للمالک فيه حقا يقتضـى تملكه له و إن لم يكن فى يـده و إن كان هو مطالبا بدليله فى الخمر كما ستعرف.

و بالجمله لا يخرج المال عن الملک بمثل الاسـتحاله المزبوره، و لا يرد النقض بملكيه صاحب الأنثى ما يتكون من عسب الفحل فيها الذى أقصاه أن يكون استحاله بعد أن عرفت الدليل على ذلک.

على أنه ربما فرق بعدم ملكيه النطفه، بخلاف الحب و البيض، و بعدم معلوميه كيفيه التكون أنه من نطفه الفحل على وجه تكون نطفه الأنثى من المعدات لها أو بالعكس أو أنه منهما، و إن كان هو على كل تقدير خارج بدليله، بخلاف مفروض البحث الباقى على أصـاله الملكيه التى لاـ دليـل على الخروج عنها بلباس الصور المتعـدده التى من المعلوم عـدم صـيروره الشـى ء بها تالفا، إذ التلف العـدم، لاـ تغيير الصوره التى لاـ وجه لملـک الغـاصب بها، مع أنها ليست من فعله، إذ لم يصـدر منه إلا الإحضان و وضـع البذر فى الأرض و نحو ذلک من فعل المعدات لصـيروره الحب زرعا مما هى غير صالحه لنقل الملک عن مالكه، ضـروره كون ذلک من النماء التابع للملک و إن اختلف مع نماء النخله مثلا بالحصول مع بقاء الأصل، بخلافه فإن الأجزاء الأصليه باقيه معه.

و كيف كـان فالمسأله مفروغ منها، و إن أطنب فيها بعض الناس برد ما ذكره الفاضل فى المختلف عليه، إلا أنه فى غير محله، بل لعل إكثار الكلام فيها من اللغو المنهى عنه، و الله العالم.

و لو غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا فى يد الغاصب قبل أن يدفع بدله بل و بعده إذا كان على وجه كدفع الحيلوله كان

للمالک علی ما صرح به غیر واحد، بل عن رهن غایه المرام و المسالک نفی الخلاف فیه، لأنه عین ماله.

و حینئذ ف- لو نقصت قیمه الخل عن قیمه العصیر ضمن الأرش لوجوب رده تاما، کما صرح به غیر واحد، بل فی مفتاح الکرامه به صرح الأصحاب کالشیخ و ابن إدریس و من تأخر عنه.

قلت: إن تم الإجماع فی ذلک کله و إلا فلا یخلو من إشکال، ضروره أنه بصیرورته خمرا خرج عن ملک المالک و صار فی ذمه الغاصب المثل، لأنه تلف أو بمنزلته، فإذا صار خلا لا دلیل علی عوده إلی ملک المالک، بل یمکن أن یکون من المباح، یملکه من یسبق إلیه، أو یکون من هو فی یده أولی به.

و علی کل حال فلا دلیل علی عوده إلی ملک المالک. و لعله لذا حکی عن الفاضل و ولده و الشهید و الکرکی الإشکال فی رده إلی المالک فی باب الهبه، بل ستسمع الاشکال فیه أیضا فی القواعد.

بل قال فیها هنا أیضا: «و لو غصب خمرا فتخلل فی یده حکم بها للغاصب، و یحتمل المالک» بل عن ولده فی شرح الإرشاد أنه قواه بل فی الإیضاح صححه، بل عنه فی الکتابین أن وجه الاحتمال الثانی ثبوت الأولویه للمالک بالید للتخلیل، و مقتضاه کون موضوع المسأله الخمر المتخذه للتخلیل، بل قد یؤیده أنها التی یتصور فیها الغصب دون غیر المحترمه.

و لعل وجهه أن فائده احترامها جواز إبقائها فی یده، و عدم وجوب إراقتها، لا أنها تکون ملکا له إذا صارت خمرا فی ید غیره و إن أثم بأخذها منه، اللهم إلا أن یکون إجماعا علی ذلک، کما یحکی عن الخلاف نفی الخلاف عن وجوب ردها للمالک، و عن التذکره أنه مذهبنا، فان

ثم إجماعا فذاك و إلا كان محلا للمنع.

(و دعوى) أن ما نحن فيه غير غصب الخمر التى تخللت فى يده لأن العصير مملوك لمن هو فى يده، و إنما طرأ عليه مانع الملك، فيزول بزواله، بخلاف الخمر، فإنها لم تكن مملوكه له بوجه، فتخللها فى يده إحداث ملك لمن هى فى يده (واضحه الفساد) ضروره أن سبق الملكيه بعد زوالها بصيرورتها خمرا غير مجد.

كما أن شهره الفرق بين الخمر المحترمه و غيرها بحيث يقتضى ملك المالك لها لو صارت خلا و لو تحت يد غيره لا حاصل لها إن لم يكن إجماعا أو غيره مما يصلح لأن يكون دليلا شرعيا.

و من ذلک كله يظهر لک النظر فى كثير مما فى المسالک و غيرها، و منه قوله فيها: «و على تقدير تخمير العصير فى يد الغاصب لو اختار المالک تغريمه قبل انقلابه خلا فله ذلک، فإذا أخذ العوض فانقلب خلا فى يد الغاصب وجب رده و أخذ البدل، كما لو دفعه حيث لم يمكنه رد المغصوب لمانع آخر، مع احتمال استقرار ملک الغاصب عليه حينئذ، لخروجها عن أهليه الملک حين الخمريه، و براءته منها بدفع البدل و تحليلها أوجب حدوث ملكيته لمن هى فى يده، و لو طلب المالک أخذها خمرا مع أخذ البدل ففى إجابته إليه وجهان: من خروجها عن ملكه و من ثم وجب البدل تاما، و من بقاء الأولويه، لإمكان إراده التخليل، و من ثم عاد ملكه إليها قبل دفع البدل، و هذا أقوى، إلا أن يعلم من حاله أنه يتخذها للشرب لزوال حقه حينئذ، و كون إعادتها إليه تعاونا على الإثم و العدوان، ثم على تقدير إعادتها اليه مع البدل فصارت خلا فى يد المالک ففى وجوب رد المثل إلى الغاصب وجهان: من أنه أخذه للحيلوله و قد زالت، و من أنه ملک متجدد، لأن العصير لما صار خمرا صار تالفا، فوجب بدله، و الأقوى الأول، لأن الأصل ماله، و إنما حدث له مانع الخمريه، فإذا زال

المانع عاد الملک، و لم یبطل حقه منه رأسا، و إنما زال الملک بالفعل و بقی بالقوه القریبه منه».

قلت: لا یخفی علیک ما فیه و إن کان قد أخذ کثیرا منه مما فی القواعد، قال: «و لو غصب عصیرا فصار خمرا ضمن المثل، و فی وجوب الدفع إشکال، فإن أوجبناه فصار خلا فی ید المالک ففی وجوب رد المثل إشکال، فإن صار خلا فی ید الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قیمه الخل» ضروره ظهور ما ذکره أولا و أخیرا، بل صریحه أن البدل المأخوذ هو بدل حیلوله.

و فیه أنه لا وجه لها بعد خروج المال عن ملکیه المالک، و ما ذکره من المانع و القوه القریبه من الفعل لا حاصل له، بحیث یرجع إلی دلیل معتبر، بل لا یخفی علیک النظر فی کلامه من غیر ذلک، بل و ما سمعته من القواعد، لاشتراک الجمیع فی الاحتیاج إلی الدلیل علی الوجه الذی ذکرناه، و الله العالم.

[المسأله السابعه لو غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع و نماؤه للزارع]

المسأله السابعه:

لو غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع و نماؤه للزارع بلا خلاف أجده فیه، بل فی التنقیح علیه انعقد الإجماع الیوم، قلت:

و الیوم بل و قبل الیومین، إذ لم نجد مخالفا فی ذلک منا کل ذلک مضافا إلی

خبر عقبه بن خالد(۱)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل أتی أرض رجل فزرعها بغیر إذنه حتی إذا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الغصب- الحدیث ۱.

بلغ الزرع جاء صاحب الأرض، فقال: زرعت بغير إذنی فزرعک لی و علی ما أنفقت، إله ذلک أم لا؟ فقال: للزارع زرعه و لصاحب الأرض کراء أرضه»

و نحوه موثق سماعه(۱)بل و موثق آخر(۲).

بل هو علی وفق أصول المذهب و قواعده، ضروره کون الزرع و الغرس ملک الغاصب، و الأرض إنما هی من المعدات کالماء و الهواء و نحوهما.

نعم عن أبی علی أن لصاحب الأرض أن یرد ما خسره الزارع و یملک الزرع، و هو لیس خلافا فی أصل الملکیه، و إنما هو قریب من قول أحمد بن حنبل: «إن جاء صاحب الأرض و الزرع قائم فیها لم یملک إجبار الغاصب علی قلعه، و خیر المالک بین أن یبقیه إلی الحصاد بأجرته و أرش النقص، و بین أن یدفع إلیه نفقته، و یکون الزرع له، لأن

رافع بن خدیج قال(۳): قال رسول الله (صلی الله علیه و آله):

من زرع أرض قوم بغیر إذنهم فلیس له من الزرع شی ء، و له نفقته،

و مثله خبره الآخر عنه (صلی الله علیه و آله)(۴)أیضا».

۱- ۱ الوافی- ج ۱۰ ص ۱۴۴« الفقیه فی حدیث سماعه.» و هو بمضمون خبر عقبه، و الظاهر ان ذلک من عباره الصدوق قده لا من الحدیث، حیث إنه روی فی الفقیه ج ۳ ص ۱۴۹ و ۱۵۰ عن سماعه روایه طویله و فی آخرها أورد ما أسنده فی الوافی إلی روایه سماعه، و مما یؤکد ذلک أن الشیخ قده روی فی التهذیب ج ۷ ص ۱۴۲ و الاستبصار ج ۳ ص ۱۱۲ و ۱۱۳ عن سماعه ما رواه فی الفقیه الی هذه القطعه، و کذلک الکلینی قده فی الکافی ج ۵ ص ۲۷۵ و فی الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب بیع الثمار الحدیث ۷ و ۸ من کتاب التجاره، و لم یذکر احد من هؤلاء القطعه التی بمضمون خبر عقبه و أسندها فی الوافی إلی حدیث سماعه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الغصب- الحدیث ۲.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۳۶.

۴- ۴ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۳۶.

إلاـ أنهمـا من غير طرقنـا، بـل لعـل النصوص المزبوره للتعريض بفسـاد القول و الافتراء فی اخباره، علی أنهما ظاهران فی الملک القهری الذی هو خلاف ظاهر المحکی عن ابن الجنید.

نعم فی

الموثق(۱)«فی رجل اکتری دارا و فیها بستان فزرع فی البسـتان و غرس نخلا و أشجارا و فواکه و غیر ذلک و لم یستأمر صاحب الـدار فی ذلـک، فقال: علیه الکراء، و یقوم صاحب الـدار الغرس و الزرع قیمه عـدل، و یعطیها الغارس، و إن کان اسـتأمره فعلیه الکراء و له الغرس و الزرع، یقلعه و یذهب به حیث شاء».

لکنه خبر متحد، قد أعرض عنه الأصحاب، فلا یصلح الخروج به عن العمومات فضلا عن الأدله السابقه کما هو واضح.

و رواه فی التهذیب(۲)و محکی

الفقیه(۳): «و یقوم صاحب الدار الغرس و الزرع قیمه عدل إن کان استأمره، و إن لم یکن استأمره فعلیه الکراء»

إلی آخره. و حینئذ یکون دالا علی المطلوب لا مخالفا له.

و لعله لـذا لم أعثر علی موافق لاـبن الجنیـد و إن مـال إلی مـا سـمعته منه فی الصـبغ جمـاعه، و تعجب الفاضل فی المختلف من مخالفه الشیـخ لابن الجنید فی الصـبغ- مع قوله فی المستعیر للغرس بوجوب الإجابه علیه لو بذل صاحب الأرض قیمه الغرس- لا دلاله فیه علی اختیار ذلک،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الغصب- الحدیث ۲ مع اختلاف یسیر و ثقله من دون اختلاف فی الکافی ج ۵ ص ۲۹۷.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الغصب الحدیث ۲ و التهذیب ج ۷ ص ۲۰۶ الرقم ۹۰۷.
۳- ۳ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۳۳- من کتاب الإجاره الحدیث ۱ و ذکره فی الفقیه ج ۳ ص ۱۵۶- الرقم ۶۸۴.

على أنه قد صرح هنا بعدم وجوب القبول، نعم صرح بموافقته فى مسأله الصبغ، بل مال إليه غيره أيضا.

و يمكن أن يكون الوجه مضافا إلى ما سمعته من النصوص إمكان الفرق بينهما باعتبار تعسر زوال الصبغ أو عدم نفع معتد به فيما زال منه بخلاف الزرع و الغرس، أو شده التبعيه فيه على وجه يكون أثره من الصفات بخلافهما، أو غير ذلك، و الله العالم.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى أن عليه أجره الأرض و إزاله زرعه و غرسه و إن تضرر بذلك، فإنه الذى أدخله على نفسه،

قال عبد العزيز بن محمد(۱): «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: من أخذ أرضا بغير حقها أو بنى فيها، قال:

يرفع بناؤه و يسلم التربه إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق، ثم قال:

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر».

و عليه أيضا طم الحفر و أرش الأرض إن نقصت بالزرع أو بالقلع بلا خلاف و لا إشكال.

و كذا عرفت أنه لا خلاف معتد به و لا إشكال فى أنه لو بذل صاحب الأرض قيمه الغرس لم يجب على الغاصب إجابته و ما سمعته من الإسكافى قد عرفت ضعفه، و إن قال فى جامع المقاصد:

«إنه لو وجد به قائل- أى غيره- لكان قويا» إذ هو كما ترى. بل لو رضى بالإبقاء بالأجره لم يجب عليه، للأصل و لتسلط الناس على أموالهم.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه لو بذل الغاصب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۳- من كتاب الإجاره- الحديث ۳.

أجره الأرض أو قيمتها لم يجب على صاحب الأرض قبوله للأصل و غيره بل لو وهبه (و لو هبه خ ل) منه لم يجب عليه، لذلك و لما فيه من المنه.

و لو حفر الغاصب فى الأرض بئرا مثلا- كان عليه طمها مع طلب المالك، لوجوب إعاده العين كما كانت مع الإمكان و هل له طمها مع كراهيه المالك؟ قيل و القائل الشيخ و ابن زهره فيما حكى عنهما نعم نهاه المالك أم لم ينهه. رضى أم لم يرض تحفظا من درك التردى.

و فيه أن ذلك لا يقتضى جواز التصرف له فى مال الغير، و إنما أقصاه الضرر عليه، و هو الذى أدخله على نفسه، على أنه يمكن زوال الضمان عنه بالرضا بالبقاء على وجه يرتفع عدوانه، بناء على اعتبار ذلك فى الضمان.

بل هو المحكى عنه فى ديات المبسوط، قال: «لو حفر بئرا عدوانا ثم إن المالك رضى ببقائها بعد الحفر العدوانى سقط الضمان» بل عنه هنا التصريح بأن الصحيح براءته بالإبراء.

و عليه يكون النزاع حينئذ معه فى أن الرضا بالبقاء أو النهى عن الطم يقتضى الإبراء كما سمعته منه فى الديات و وافقه عليه المصنف و الفاضل على ما قيل فيها أم لا يقتضى ذلك، لأنه أعم فيبقى الضمان مستصحبا؟

و لعل الأقوى فيه ما ذكره، بل القول بعدم البراءه لو صرح بالإبراء لا يخلو من وجه، كما ستعرف.

و من ذلك يعرف ما فى قول المصنف و لو قيل للمالك منعه كان حسنا، و الضمان يسقط عنه برضا المالك باستبقائها بناء عن الوجه الذى ذكرناه، و إن تبعه عليه من تأخر عنه.

نعم الأحسن منه القول بأن له منعه و إن بقى الضمان عليه، لما عرفت خصوصا بعد ما سمعت سابقا من النظر فى اعتبار العدوان فى الضمان بذلك، لإطلاق الأدله الذى لا ينافيه الضمان، خصوصا مع ابتداء الحفر على العدوانيه، كما فى المقام الذى لا يدفع السببيه الشرعيه الرضا المتأخر مع التصريح فضلا عن مجرد الكراهه للطم التى لا تنافى إراده البقاء على الضمان مع ذلك.

و من هنا تردد فى محكى التحرير فى الإبراء إذا أبرأه، من أن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن، و من أن حصول الضمان لتعديه بالحفر و الإبراء لا يزيله، لأن الماضى لا يمكن تغييره عن الصفه التى وقع عليها، و لأن الضمان ليس هنا للمالك، فلا يصح الإبراء منه، و لأنه إبراء مما لا يجب، فلم يصح.

و لا يخفى عليك الحال بعد التأمل فيما ذكرناه على أى وجه يفرض البحث، و الله العالم. فلاحظ و تأمل.

[المسأله الثامنه إذا حصلت دابه فى دار لا يمكن أن تخرج إلا بهدم فان كان حصولها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم]

المسأله الثامنه:

إذا حصلت دابه مثلا فى دار لا يمكن أن تخرج إلا بهدم فان كان حصولها فيها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم و الإخراج، و لا ضمان على صاحب الدابه لعدم العدوان منه، و خصوصا إذا كان ذلك غصبا من صاحب الدار للدابه مثلا، لما عرفت من وجوب رد المغصوب إلى مالكه، و إن ترتب عليه ضرر أضعاف المغصوب.

و إن كان من صاحب الدابه ضمن الهدم و خصوصا إذا

كان بسبب غصبه للدار بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له منا، بل فى المسالك و غيرها عدم الإشكال فى الحكمين.

لكن قد يقال حينئذ بوجوب ذبح الحيوان إن كال مما يؤكل و لم يرض المالك بالهدم، و خصوصا إذا كان قيمته أقل من أرش الهدم.

اللهم إلا أن يكون ذلك نحو الغرس فى أرض الغير غصبا، فإنه يملك حفرها لقلع غرسه، و يضمن الأرش للمالك إن كان.

و قد يفرق بينهما بتوقف الاستيلاء على تمام ماله بالحفر فيملكه، بخلاف المقام المفروض تمكنه من ذبح الحيوان من غير تصرف فى دار المالك الواجب عليه إرجاعها له تامه. نعم لو لم يكن الحيوان مما يذبح أمكن القول حينئذ بذلك، لقاعده لا ضرر و لا ضرار. و كيف كان فالأمر فى ذلك سهل.

إنما الكلام فيما ذكره المصنف بقوله و كذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابه الهدم، لأنه لمصلحته بل فى المسالك نسبته إلى المشهور، بل قيل: لا خلاف فيه بيننا.

لكن قال فى المسالك: «و يشكل بأن التخليص و المصلحه قد تكون مشتركه بينهما، بل هو الأغلب، و قد تكون مختصه بصاحب الدار، بأن لا يكون لصاحب الدابه حاجه إلى إخراجها، لصغرها أو عدم صلاحيتها للانتفاع، و صاحب الدار يحتاج إليها فى موضع الدابه عاجلا و الفرض انتفاء التفريط، نعم لو خيف هلاك الدابه بدون الإخراج اتجه وجوبه، لحرمه الروح، و مع ذلك ففى اقتضاء ضمان صاحب الدابه نظر».

قلت: الذى ينبغى فى هذه و نحوها بعد ملاحظه لا ضرر و لا ضرار و قاعده الجمع بين الحقين ترجيح الأعظم ضررا منهما على الآخر إذا لم

يكن عن تفريط كما هو المفروض، و مع فرض التساوى من كل وجه يرجع إلى القرعه أو إلى اختيار الحاكم، و هكذا فى كل حقين تزاحما و لا مرجح لأحدهما و لو من جهه التفريط و عدمه.

و كان وجه ما ذكره الأصحاب فى الفرض أن صاحب الدابه مكلف بأخذها من دار الغير و تخليص ملكه منها، فكل ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبه إلى ذلك وجب جبره على صاحب الدابه، لقاعده لا ضرر و لا ضرار.

و لعل مثل ذلك لو جاء السيل بنخله زيد مثلا فأثبتها فى أرض الغير، فان عليه تخليص ملك الغير منها، و جبر كل ضرر يكون من ذلك عليه.

و لعله لذا ذكره فى التذكره مفروغا منه، بل قال فيها: «هو ظاهر مذهب الشافعيه أيضا، لأنه إنما تقض بتخليص ملكه» نعم حكى عن بعض الشافعيه أنه لا يضمن صاحب الفصيل شيئا، لأنه لا تفريط من أحد، و الإخراج لا بد منه، لحرمه الروح، ثم قال: «و إنما يتم هذا فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج».

قلت: بل قد يقال بضمانه حينئذ أيضا، لأن خوف الهلاك لا يدفع الضمان عنه.

ثم قال: «و هكذا إذا باع دارا فيها حباب لا تخرج إلا بنقض الباب، فإذا نقلها كان إصلاح ذلك عليه، لأنها لتخليص ملكه» و هو كالصريح فى المفروغيه من ذلك، نعم لو اختار صاحب المال إتلاف ماله لأجل أن لا يغرم كان له ذلك، كما هو واضح. و الله العالم.

و لو أدخلت دابه رأسها فى قدر مثلا و افتقر إخراجها منه إلى كسر القدر فان كانت يد مالك الدابه عليها أو فرط فى

حفظها ضـمن القيمه إن لم يكن لمكسوره قيمه أو الأرش إن كان و إن لم يكن يـده عليها و كان صاحب القدر مفرطا- مثل أن يجعل قـدره فى الطريق- كسـرت القدر عنها و لا ضـمان فى الكسـر بلا خلاف أجده فى شـى ء من ذلک بين من تعرض له من الشيخ و الفاضل و الشهيدين و الكركى.

نعم فى التـذكره فى صوره تفريط صاحب الدابه «فإن كانت غير مأكوله اللحم لم يجز ذبحها، و وجب كسـر القدر مع ضـمانه، و إن كـانت مـأكوله اللحم فهل تذبـح أو يكسـر القـدر؟ الأقرب ذبحها، لأنه ينتفع بلحمها، فيقل الضـرر على صاحبها، و النقص إن كان فمن صاحبها وقع حيث وقع التفريط منه».

قلت: قد يلوح منه الترجيح بقله الضرر، إلا أن ما ذكره أخيرا يأتى فى الأول مع فرض كون التفريط منه.

و فى الدروس بعد أن ذكر الحكم كما ذكره المصنف و غيره قال:

«و لو كان كسرها أكثر ضررا من قيمه الدابه أو أرشها احتمل أن تذبح الدابه».

و فيه- مضافا إلى عدم تفصيله بين المأكول و غيره- إمكان منعه مع فرض كون التفريط منه، لأنه حينئذ السبب فى إدخال الضرر على نفسه.

ثم قال: «أما لو أدخل دينارا فى محبرته و كانت قيمتها أكثر منه و لم يمكن كسـرها لم تكسـر المحبره، و ضـمن صاحبها الـدينار مع عـدم تفريـط مـالكه، و لو دخلت زهره اليقطين فى إنـاء الغير فعظمت اعتبر التفريـط، و مع انتفـائه يتلف أقلهما قيمه و يضـمن صاحب الآخر، و إن تساويا فالأقرب أن الحاكم يجبرهما، فان تمانعا فالقرعه».

ج ۳۷، ص: ۲۱۱

و فيه إشعار فى الجمله بما ذكرناه من الميزان فى تزاحم الحقوق، لكن لا يخفى عليك ما فى قوله: «فالأقرب» إلى آخره، سواء أراد الإجبار أو التخيير، اللهم إلا أن يريد من التخيير أن الحاكم يخير كلا منهما فى كل من الأمرين، لاشتراكهما معا فى مفاد الأصول و غيره، إلا أنه لما كان ذلك لا يقطع الأمر لاحتمال التمانع فى الخارج أمر بالقرعه، و إلا فمع فرض سبق أحدهما إلى شى ء من الفردين لم يكن عليه إثم، إلا أن ذلك أيضا كما ترى.

و التحقيق ما ذكرناه من كون التخيير فى القطع للحاكم، و أولى منه الرجوع إلى القرعه، و الله العالم.

و لو فرطا معا فعن التذكره كسرت القدر أيضا، و ضمن صاحب الدابه، لأنه لمصلحته، و فيه إشكال، بل عن الأردبيلى الجزم بعدم الضمان.

و كيف كان ف ان لم يكن من أحدهما تفريط و لم يكن المالك معها و كانت القدر فى ملك صاحبها كسرت، و ضمن صاحب الدابه، لأن ذلك لمصلحته كما فى القواعد و محكى المبسوط و غيره، بل فى المسالك أنه المشهور. جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام ؛ ج ۳۷ ؛ ص۲۱۱

ن أشكله بنحو ما سمعته سابقا من «أن المصلحه قد تكون مشتركه و قد تكون مختصه بصاحب القدر أو غالبه، خصوصا إذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمه، فإن حفظه مصلحه لمالكها، و قد تكون قيمه القدر أو أرشه تزيد عن قيمه الدابه على تقدير إتلافها، فإلزام صاحب الدابه زياده عن قيمه دابته بعيد، و أيضا فقد تكون مأكوله اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر أو ما يفوت منها، و كون المقصود خلاص الحيوان لأنه ذو روح لا يتم مطلقا، لأنه على تقدير

صلاحيته للذبح لا يتعين تخليصه ببقائه ليكون حكمه حكم القدر مع

اشتراكهما فى عـدم التفريط. و احتمل فى الدروس ذبح الدابه مع كون كسـر القدر أكثر ضـررا من قيمه الدابه أو أرشـها ترجيحا لأخف الضررين، و بالجمله فحكم المسأله مع انتفاء التفريط مشكل و إن كان المشهور ما ذكره المصنف».

قلت: لاـ يخفى عليك- بعـد الإغضاء عما فى بعض كلامه- عـدم الإشـكال فى ذلك و فى غيره من الأمثله المـذكوره فى المقام من بلغ الشاه جوهره الغير و غير ذلك، مع الإحاطه بما ذكرناه من الميزان فى تزاحم الحقوق.

و لعـل إطلاـق الأصـحاب أن المصـلحه لصـاحب الـدابه مبنى على اقتضـاء بقاء القـدر هلاكها، فالضـرر عليه حينئـذ بالبقاء، دون صاحب القـدر الـذى يأخـذ قـدره بعـد الموت تاما، و من هذه الجهه خصوا صاحب الدابه بالضـمان، أما لو فرض عدم ذلك مع كون القـدر فى رأسـها و إن تضـررت فالمصـلحه مشتركه بينهمـا، كمـا هو واضـح، خصوصـا مع فرض احتمال تلفه لو بقى على رأسها، و الفرض أن لمكسوره قيمه، فتأمل.

نعم بقى شـى ء: و هو أن التفريط جهه مرجحه لغير المفرط على كل حال و إن عظم ضرره فى ظاهر كلامهم، إلا أنه لا يخلو من إشكال فى بعض الأفراد.

هذا و فى المسالك أيضا «و اعلم أن عطف المصـنف قوله: «و لم يكن المالك معها» على ما إذا لم يكن من أحدهما تفريط غير جيـد، لأن عـدم كون المالك معها قـد يكون من موجبات عـدم التفريط، و قـد يجامع التفريط، و كـذا قوله: «و كانت القـدر فى ملك صاحبها» فإنه من أمثله عدم التفريط، فعطفه عليه المقتضـى للمغايره و كونه شـرطا آخر مع عدم التفريط ليس بجيد، و كان حقهما أن يكونا مثالين لعدم التفريط،

و لو جعل الواو للحال قرب من المقصود، و إن كان لا يخلو من قصور فی الجمله».

قلت: قد یقال: إن وجود المالک مع الدابه مقتض لضمان ما تحته و إن لم یکن مفرطا، و من هنا جعله فی الأول مقابلا للتفریط، و أما القدر فالواو فیه للحال کما ذکر، فلا إشکال فی العباره حینئذ، و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا خشی علی حائط جاز أن یسند بجذع]

المسأله التاسعه قال الشیخ (رحمه الله) فی المبسوط: إذا خشی علی حائط جاز أن یسند بجذع مثلا بغیر إذن مالک الجذع مدعیا للإجماع أی قال: بلا خلاف و فی دعوی الإجماع المزبور نظر ضروره عدم حکایه موافق له ممن تقدمه أو عاصره.

نعم فی الدروس بعد أن حکی ذلک عنه قال: «و حینئذ الأقرب ضمان عینه و أجرته و إن انتفی الإثم» و هو- مع أنه غیر صریح فی وفاقه- لا مدخلیه له فی ثبوت الدعوی المزبوره.

و لعله لذا نزله فی جامع المقاصد علی خصوص خوف تلف النفس المحترمه، قال: «و الحق أنه إن خیف بترک ذلک ضرر علی نفس محترمه و نحو ذلک جاز إسناده، لجواز إتلاف مال الغیر لحفظ النفس. و یضمن العوض، و یلوح من تعلیل الشیخ إراده هذا المعنی، حیث قال: إن مراعاه المصالح الکلیه أولی من الجزئیه مع التعارض، و هذا حیث لا یمکن نقضه أو یخاف المعاجله قبله».

قلت: لا دلاله فی کلامه علی خصوص تلف النفس، و یمکن حمل کلامه علی ما ذکرناه أیضا من المیزان مع التعارض فی الحقوق، فیقدم الکلی منها علی الجزئی، کما لو کان حائط فی طریق المسلمین مثلا أو کانت قنطره کذلک، فإن إسناده بجذع الغیر مع فرض انحصار الأمر فیه و الجبر بالأرش و الأجره و نحو ذلک أولی، فإنه جهه مرجحه أیضا، و لعل ذلک باب عظیم ینفتح منه أمور کثیره، فتأمل، و الله العالم.

[المسأله العاشره إذا جنی العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قیمته]

المسأله العاشره إذا جنی العبد المغصوب عمدا فقتل ضمن الغاصب قیمته یوم تلفه غیر مستحق علیه القصاص أو أعلی القیم من یوم غصبه إلی یوم تلفه أو غیر ذلک مما عرفت البحث فیه سابقا.

إنما المراد هنا بیان کونه مضمونا علی الغاصب و إن کانت الجنایه من العبد بلا تفریط من الغاصب، و لا أجد خلافا فی ذلک بل و لا إشکالا لما عرفته مکررا من کون ید الغاصب ید ضمان و إن تلف بآفه سماویه.

و لا فرق فی الضمان المزبور بین القصاص فیه بعد رده إلی سیده أو قبله، ضروره عدم براءته بالرد المزبور، لثبوت الاستحقاق علیه فی یده و الفرض ضمانه، و کذا لو ارتد فی ید الغاصب فقتل بعد رده إلی السید أو قبله.

نعم لو غصبه مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع عنده فالأقوی ضمانه إیاه مستحق القتل أو القطع، ضروره عدم خروجه بالارتداد و لو فطریا عن الملک، فله قیمته، بل صرح بعضهم بجواز بیعه کذلک، خصوصا

بعد القول باختصاص جواز قتله للسلطان بناء على أنه من الحدود، و قد لا يظفر به.

و من هنا يظهر لك أنه لا فرق فى الرده بين الفطره و المله إذا كانت مقتضيه للقتل.

فما فى القواعد- من الإشكال فى ذلك مما عرفت و من وجود السبب فى يد المالك فهو كوجود المسبب، و أنه لا يضمن بالجنايه فلا يضمن باليد، و أن إزاله ملك المالك لا تضمن بالقتل فأولى أن لا يضمن إزاله يده- واضح الضعف، إذ كل ذلك كما ترى.

و أضعف من ذلك قوله متصلا بالإشكال السابق: «فان منعناه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل زائد عليه» سواء كان مراده خصوص القطع أو الأعم منه و من الارتداد، على معنى أنه لو كان قيمته ماءه فقطع و نقصت قيمته إلى عشرين فإنه يضمن الزائد على جنايته التى هى نصف القيمه، و هو ثلاثون، أو كانت قيمته ألفى دينار فقتل فإنه يضمن الغاصب حينئذ ألف دينار. إذ هو كما ترى لا- وجه له بعد أن كانت الجمله غير مضمونه على الغاصب كما هو المفروض، فالمتجه عدم ضمانه شيئا، و هو واضح.

و أضعف منهما قوله متصلا بذلك: «و كذا الاشكال لو انعكس» أى ارتد أو سرق فى يد الغاصب فقتل أو قطع فى يد المالك، ضروره منافاته لما سبق منه و من غيره فى خصوص ذلك. بل و لقواعد الغصب التى منها ضمان العين المغصوبه على الغاصب على كل حال من غير فرق بين الآفه السماويه و غيرها.

نعم لو ارتد فى يده ثم مات فى يد المالك من غير قتل ضمن الأرش خاصه، لأنه رده ناقصا و الفرض عدم قتله، فلا يضمن كمال القيمه،

كما أنه لا يبرأ بالموت عن الأرش، ضروره تحقق النقصان فيه و إن تلف بالموت لا بالعيب الحادث فى يد الغاصب.

و من ذلک يعلم أن الوجه فيما لو اشترى مرتدا أو سارقا فقتل أو قطع فى يد المشترى عدم رجوعه بشى ء على البائع مع فرض علمه و إقدامه المسقطين لخيار العيب، أما مع الجهل فله الأرش خاصه، فما فى القواعد من الإشكال فى أنه من ضمان البائع فى غير محله، و الله العالم.

و كيف كان ف ان طلب ولى الدم الديه فى مفروض المسأله على الوجه الشرعى المقرر فى العبد لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته و ديه الجنايه كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا بيننا، و إن قال فى المسالک: «إنه الأشهر» مشعرا بوجوده، إلا أنا لم نتحققه.

و على كل حال فوجهه أنه الذى يستحقه الولى مع فرض كون طلبه على الوجه الذى ذكرناه، ضروره أن الديه إن كانت أقل فظاهر، و إن كانت القيمه أقل فإن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

نعم لو اقترح غير ذلک بأن طلب أضعاف قيمته على العفو عن القصاص عنه وجب على الغاصب بذله لما عرفته من تكليفه بالأشق بالنسبه إلى رد العين، فكل ما يتوقف على ذلک يجب عليه دفعه، و قد احتمله فى جامع المقاصد هنا، بل مال اليه غيره. و لعله لا ينافيه ما فى المتن و غيره بعد تنزيله على ما ذكرناه، اللهم إلا أن يقال: لا يجب على الغاصب بذل الزائد المقترح، لكن فيه منع واضح.

و لو مات العبد المزبور دفع الغاصب القيمه التى ثبتت عليه بالغصب للمالک، فان رجع المجنى عليه على المالک بالقيمه التى هى بدل العين التى تعلق بها حق الجنايه دفعها اليه مع فرض المساواه بين القيمه المدفوعه

للغصب و بين قيمه الجنايه، و رجع على الغاصب بقيمه أخرى بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلک و لا إشكال، عدا استحقاق رجوع المجنى عليه على المالک بالقيمه، لاحتمال اختصاص رجوعه على الغاصب، فيختص المالک حينئذ بما أخذ، كما أنه يختص الجانى بأرش جنايته لو أخذه، و لا يرجع عليه المالک، فهما حينئذ كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث، بل عن التذكره نفى البأس عن ذلک و أن المشهور عند الشافعيه الأول.

قلت: لعل وجه رجوعه على المالک أنه قبض قيمه العين التى تعلق بها حق المجنى عليه على وجه ينتقل منها إلى قيمتها.

بل قد يتوهم عدم رجوع المجنى عليه على الغاصب باعتبار عدم ضمانه للعين التى تعلقت بها الجنايه بالنسبه إلى الجانى، و لذا لا يجوز له ردها للسيد بعد الجنايه.

لكن يدفعه أنا نمنع ذلک بعد تعلق الحق فيها، كما يمنع بالنسبه إلى قيمتها أيضا، لقيامها مقامها، فالذى جوز رجوعه على الغاصب هو دفعه لما تعلق له حق المجنى عليه من غير إذن، نحو رجوع الديان على من دفع عينا من تركه الميت إلى وارثه مثلا بغير إذن منه، نعم لو كان الدفع بإذن المجنى عليه اتجه عدم الرجوع حينئذ.

و على كل حال فليس هو كدينين على ثالث، بل هو دين واحد تعلق به حقان و إن رجع السيد على الغاصب إذا أخذه منه ذو الحق المقدم عليه باعتبار ضمانه عليه، فتأمل جيدا فإن المسأله غير محرره فى كلامهم.

و من ذلک أيضا ما يظهر من غير واحد من التفاوت بين القيمه المضمونه للجنايه و بينها للغاصب، بناء على ضمان أعلى القيم له، فيختص المالک حينئذ بالزائد، و لا رجوع للمجنى عليه فى ذلک، مع أنه قد يشكل

ذلک خصوصا لو فرض الأعلى بعد حصول الجنایه، بأن حق الجنایه إنما تعلق بالرقبه، و لذا لو مات و لم یکن مضمونا سقط، و لکن لما کان مضمونا بالغصب قامت قیمته مقام عینه فی التعلق، فأی قیمه کانت للغصب یتعلق بها حق الجنایه، لأنه تابع له فی ذلک، فلا فرق بین القول بالأعلى و غیره.

و لو کان العبد ودیعه فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع بالفتح فعلیه قیمه یتعلق بها أرش الجنایه، فإذا أخذها الولی لم تجب قیمه أخرى على المودع، لأنه جنى و هو غیر مضمون علیه، کما هو واضح، هذا کله فی الجنایه الموجبه قصاصا فی النفس.

و إن أوجبت قصاصا فیما دون النفس فاقتص منه ضمن الغاصب الأرش على حسب ما تقدم الکلام فیه سابقا لو جنى هو علیه نفسه.

و إن عفى على مال ضمن الغاصب أقل الأمرین على حسب ما سمعت الکلام فیه فی النفس، ضروره اتحاد المدرک فی الجمیع فلا حاجه إلى عود الکلام.

و لو جنى فی ید سیده بالمستوعب ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب و لم یحکم به للأول ففی القواعد و محکی التذکره و جامع المقاصد بیع فیهما، و یرجع المالک على الغاصب بما أخذه الثانی منهما، لأن الجنایه وقعت فی یده و کان للمجنی علیه أولا أن یأخذه دون الثانی، لأن الذی یأخذه المالک من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنی علیه ثانیا، فلا یتعلق به حقه، و نحو ذلک ما ذکرناه سابقا عن التحریر.

و الظاهر کون المراد مع اختیارهما البیع، لا أنه یباع علیهما قهرا، إذ لا إشکال فی جواز استرقاقه لهما، کما لا إشکال فی استرقاق الأول له من دون حاجه إلى حکم به، و أنه لو استرقه الأول ثم جنى الجنایه

الثانيه اختص بالثانى.

نعم يشتركان فيه مع فرض عدم استرقاق الأول له مثلا على ما قدمناه سابقا من عدم اختصاص ذى الجنايه الأولى به و لا الثانى و إن أوهم الأخير بعض النصوص(۱)لكنه معارض بغيره(۲)كما تقدم البحث فيه سابقا، و يأتى إنشاء الله، و الأمر فى ذلك كله سهل.

إنما الكلام فى استحقاق رجوع الأول بما يأخذه المالك من الغاصب عوض جنايه الثانى التى هى مضمونه عليه دون الثانى، و قد وجهه فى جامع المقاصد بأن حق المجنى عليه أولا متعلق بقيمه العبد كلها، لأن الفرض أن الجنايه مستوعبه، و قد وجد باقى القيمه، فيتعلق به حقه، و أما الثانى فلأن الذى يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذه المجنى عليه ثانيا، و هو نصف القيمه المستحق له، فلا

يتعلق به حقه مره أخرى، لاستحاله تعلق حقه به مرتين، و النصف الآخر من القيمه قد فات بتعلق حق المجنى عليه أولا به، فكان القيمه من أول الأمر مقدار النصف.

و أما المجنى عليه الأول فإن حقه متعلق بتمام القيمه و الجنايه الثانيه لكونها مضمونه على الغاصب فى حكم المنتفيه، فيبقى تعلق حقه بالقيمه جميعها ثابتا، و لما لم تكن الجنايه الأولى مضمونه على الغاصب لم يكن للمالك الرجوع بما أخذه المجنى عليه أولا.

قلت: لكن قد يقال: إن ما أخذه المالك بسبب الغصب لا مدخليه له فى الجنايه، فلا يتجه رجوع الأول عليه بها، إذ هما حيثيتان، مختلفتان، و أقصى الأدله اشتراك الجنايتين برقبه العبد دون غيره، و إلا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴۵- من أبواب القصاص فى النفس من كتاب القصاص.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴۵- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ۲ من كتاب القصاص.

لاقتضى شركه الثانى، فإن الفرض كون الثانيه كالأولى فى التأثير، و لا مدخليه للسبق، فمع فرض وجود باقى القيمه يتعلقان به معا و إن كان هو عوض الثانيه منهما.

و فيه أن المجنى عليه الأول أولى بذلك، لأن المالك بحكم منقطع السلطان عليه بالجنايه الأولى المفروض كونها مستوعبه، أقصى ما هناك قد زاحمتها الجنايه الثانيه فى عينه دون القيمه الحاصله بسبب الضمان الذى هو تدارك ما أخذه الثانى.

اللهم إلا أن يقال: إن الضمان المزبور لم يكن للمجنى عليه الأول، لأن الفرض عدم منع الغاصب له عن استيفاء جنايته، و إنما هو للمالك باعتبار بقاء العين على ملكه قبل الاستيفاء.

و على كل حال ينبغى أن يكون الذى يضمنه الغاصب قيمه نصف عبد مستحق عليه الجنايه الأولى، لأن الفرض أنه غصبه كذلك، لا نصف قيمته بدون الوصف المزبور كما عساه يظهر من كلام المتعرضين له. و كيف كان فالمسأله محتاجه إلى التأمل.

و لو مات فى يد الغاصب فعليه قيمته، تقسم بينهما، و يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمه، و يكون للمجنى عليه أولا أن يأخذه منه بناء على ما عرفت، و فيه البحث السابق، و لو وهب المجنى عليه ثانيا ما أوجبته الجنايه للمالك فالرجوع بالنصف بحاله، نعم لو وهبه للغاصب لم يبعد سقوط الرجوع به، فتأمل.

و لو جنى على سيده عمدا فاقتص منه وليه ضمن الغاصب كالأجنبى، لإطلاق الأدله، و لو جنى على طرف فاقتص منه سيده ضمن الغاصب أكثر الأمرين على الوجه السابق.

و ما فى القواعد- من الإشكال فى أصل الضمان باعتبار أنه إذا

سلمه للمولى فقد مكنه منه غايه التمكن- واضح الضعف.

نعم لو كانت الجنايه خطأ أو شبه عمد فلا ضمان على الغاصب لعدم ثبوت مال للسيد على عبده، و ما عن الإيضاح من الضمان أيضا كالأجنبى واضح الضعف.

نعم لو فرض حصول نقص فى قيمته بالجنايه المزبوره ضمنه كما يضمنه لو حصل فى العمد من حيث الجرأه، و هو غير أرش الجنايه.

و لو عفا السيد على مال ففى التذكره ثبت المال على العبد، و فداه الغاصب بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمه العبد كالأجنبى، و حكاه فى جامع المقاصد عنها، ثم قال: «و وجه أن المال ليس بثابت هنا أصاله من أول الأمر، فيمتنع ثبوته، لاستلزامه وجوب مال للسيد على عبده و انما هو عوض عن جنايه ثابته مستحقه على العبد مضمونه على الغاصب فلا يمتنع ثبوت عوضها، لأن الخيار فى ذلک إلى المجنى عليه».

قلت: لا يخفى عليک ما فيه، و حمله على إراده العفو عنه على المال بالمعنى الاقتراحى لعدم القصاص منه كما تقدم سابقا لا يقتضى الفداء بأقل الأمرين، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشر إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته]

المسأله الحاديه عشر:

إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته إن كان مالكه فيه بغير إشكال، لتوقف الأداء و الرد على ذلک.

أما لو كان مالكه فى غيره و جاء به الغاصب إليه ففى المسالک «تخير المالک بين أن يقبضه حيث يدفعه اليه و بين أن يأمره بالرد إلى المكان الذى غصبه فيه، لأنه عاد بنقله، فكان الرد عليه حيث يطلبه

المالک و له أن یأمره برده إلی بعض المسافه، بل هو أولی».

قلت: قد یناقش فیه إن لم یکن إجماعا بعدم الدلیل علیه، بل مقتضی الأصل أو الأصول خلافه، بل ظاهر «تؤدی»(۱)بل و «مردود»(۲)ذلک أیضا إذا کان المراد الرد إلی المالک. اللهم إلا أن یقال: إن الظاهر من الرد إرجاع الشی ء إلی المحل الذی أخذه منه خصوصا بعد الاعتضاد بفتوی من وقفنا علیه من الأصحاب.

ثم قال: «و حیث یرضی المالک ببقائه دون المکان الأول لیس للغاصب الزیاده علیه، لأنه تصرف فی المغصوب بغیر إذن المالک، فلو تجاوز به المأذون فللمالک إلزامه بإعادته، لتعدیه فی النقل کأصله».

قلت: قد یناقش بوجوب الإعاده مع فرض المجی ء به إلی بلد الغصب و إن أثم بذلک.

و کیف کان فحق المالک علی الغاصب الرد لا مئونته و حینئذ ف- لو طلب المالک الأجره عن إعادته لم یلزم الغاصب ل ما عرفت من أن الحق هو النقل لا أجرته و لو رضی المالک به هناک لم یکن للغاصب قهره علی الإعاده قطعا.

إنما الکلام فی قهر المالک الغاصب علی الرد فی غیر بلد الغصب، و فی المحکی عن التذکره أنه لو نقل حرا صغیرا أو کبیرا من موضع إلی موضع آخر بالقهر فان لم یکن له غرض فی الرجوع إلی الموضع الأول

فلا شی ء علیه، و إن کان فاحتاج إلی مئونه فهی علی الناقل علی إشکال.

بل فی المسالک الجزم به، ضروره عدم دلیل علی ذلک بعد ما ذکرناه من عدم الضمان بقاعده لا ضرر و لا ضرار و نحوهما، فتأمل جیدا، و الله العالم.

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأنفال- الحدیث ۴ من کتاب الخمس.

[النوع الثانی فی مسائل التنازع]

اشاره

النوع الثانی فی مسائل التنازع و هی ست:

[المسأله الأولی إذا تلف المغصوب و اختلفا فی القیمه فالقول قول المالک مع یمینه]

المسأله الأولی:

إذا تلف المغصوب و اختلفا فی القیمه ف عن المقنعه و النهایه أن القول قول المالک مع یمینه بل و عن التحریر هو قول الأکثر و إن کنا لم نجده لغیرهما.

و قیل و القائل الشیخ و الحلی و الفاضل و ولده و المقداد و الشهیدان و الکرکی و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم القول قول الغاصب بیمینه، بل فی المسالک نسبته إلی أکثر المتأخرین، بل فی الریاض إلی عامتهم.

و لا ریب فی أنه هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التی منها أصاله براءه ذمته باعتبار أنه غارم و منکر.

لکن فی

صحیح أبی ولاد(۱)«فمن یعرف ذلک- أی القیمه-؟

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الغصب- الحدیث ۱.

قـال: أنت و هو، إمـا أن يحلف هو على القيمه فتلزمک، فان رد اليمين عليک فحلفت على القيمه لزمک ذلک، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمک»

مؤيدا بأعرفيه المالک بقيمه ماله من الغاصب الذى يناسبه الأخذ بأشق الأحوال.

و لعله لـذا قـال فى الكفـايه: «لاـ يبعـد ترجيحه» و فى الريـاض «لولا إطباق متأخرى الأصحاب على العمل بالأصل العام و اطراح الروايه لكان المصير إليها فى غايه القوه».

قلت: لكن قد يقال: يمكن حمله على إراده بيان أن ذلک طريق لمعرفه القيمه مع التراضى بينهما فى ذلک، لا أن المراد

بيان تقديم قوله مع عدم التراضى و إلا لم يكن معنى ل

قوله (عليه السلام): «أو يأتى.

بشهود»

ضروره عدم الحاجه إليهم فى إثبات قوله، بناء على أن القول قوله.

بـل قـد يشـعر قوله: «إما» بما ذكرناه، لأن معادله المقـدر «و إما أن يحلف هو فيلزم ما يحلف عليه، أو يرد اليمين عليک فيلزمه ما تحلف عليه أو يأتى بشهود».

و لعل التأمل الجيد يقتضى أن المراد بالصحيح المزبور بيان انحصار معرفه القيمه كما هى بهما، لكن بالحلف على الوجه المزبور أو بالشـهود، و هو كذلک فان كلا منهما مدع بالنسبه إلى تعيين كون القيمه كذا فى الواقع، و قولنا بتقديـم قول الغاصب يراد منه تقديمه بالنسبه إلى نفى شـغل ذمته بالزائد، لا على تعيين كون القيمه كذا، فلا دلاله فى الصـحيح المزبور على فرض المسأله بما عند الأصحاب من كون المراد شغل ذمه الغاصب بالزائد و عدمه.

بل إن لم يحمل على ما ذكرناه من التراضى بينهما على اليمين

لم يكن معنى ل

قوله (عليه السلام): «تعرفها أنت و هو»

ضروره كون المعرفه للمالك حينئذ، بناء على أن القول قوله، و ليس المراد من

قوله (عليه السلام): «فان رد اليمين عليك»

اليمين المردوده المصطلحه، إذ تلك إنما هى على نفى ما يدعيه المنكر لا على إثبات ما يدعيه الغاصب فلا محيص حينئذ عن حمل الصحيح المزبور على ما ذكرناه، و إلا نافى قواعد القضاء، فتأمل جيدا. و الله العالم.

و أما التأييد المزبور فليس دليلا شرعيا، فالأقوى حينئذ تقديم قول الغاصب فى نفى الزياده على ما أقر به، لكن مع ذكره قيمه للعين المغصوبه ممكنه.

أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه مثل أن يقول: ثمن الجاريه حبه أو درهم لم يقبل قطعا، للعلم بكذبه، و هل يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب، لظهور كذبه و حصر دعواه فيما علم انتفاؤه فيلغى قوله بالكليه أو يطالب بما يكون محتملا فيقبل منه و هلم جرا؟ وجهان.

و فى جامع المقاصد لم أجد تصريحا بأحدهما، لكن فى التحرير صرح بالثانى منهما، و هو الذى قواه فى الروضه و المالك اطرادا للقاعده، و لا يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقا حيث يوافق الأصل، و هو كذلك.

و لو اختلفا بعد زياده قيمه المغصوب فى السوق فى وقتها فادعى المالك أنها قبل التلف و الغاصب بعده فالقول قول الغاصب أيضا بيمينه، لأنه منكر، و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا تلف و ادعی المالک صفه یزید بها الثمن کمعرفه الصنعه فالقول قول الغاصب مع یمینه]

المسأله الثانیه:

إذا تلف و ادعی المالک فیه صفه یزید بها الثمن کمعرفه الصنعه ف- لا خلاف أجده هنا فی أن القول قول الغاصب مع یمینه لأن الأصل یشهد له إذ معرفه الصنعه حادث، و الأصل عدمه، نعم فی الکفایه فی عموم صحیح أبی ولاد(۱)ما یخالفه، و قد عرفت الحال فیه.

و کذا لو کان الاختلاف فی تقدمها لتکثر الأجره، لأصاله عدمه أیضا، و کذا لو ادعی المالک تخلل الخمر فی ید الغاصب فأنکره

الغاصب، فان القول قول الغاصب بیمینه، للأصل أیضا، و الله العالم.

هذا کله فی دعوی المالک الصنعه الحادثه التی تزید بها القیمه.

أما لو ادعی الغاصب عیبا متجددا لکن عند المالک کالعور و شبهه مما هو عارض للعبد بعد الصحه و أنکر المالک فالقول قوله مع یمینه، لأن الأصل الصحه، سواء کان المغصوب موجودا أو معدوما.

لکن فی المبسوط «إذا غصب عبدا فرده و هو أعور فقال سیده:

عور عندک، و قال الغاصب: بل عندک فالقول قول الغاصب، لأنه غارم، فان اختلفا فی هذا و العبد قد مات و دفن فالقول قول سیده إنه ما أعور، و الفصل بینهما إذا مات و دفن فالأصل السلامه حتی یعرف عیبا، فکان القول قول السید، و لیس کذلک إذا کان حیا، لأن العور مشاهد موجود».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الغصب الحدیث ۱.

و أول من تعرض لرده الحلى فى السرائر، قال: «فان غصب عبدا فرده و هو أعور و اختلفا فقال سيده: عور عندك و قال الغاصب:

بل عندك قدم قول الغاصب، لأنه غارم، و قال بعض أصحابنا: فإن اختلفا و العبد قد مات و دفن فالقول قول سيده إنه ما كان أعور، و الذى يقوى عندى أن القول قول الغاصب، لأنه غارم فى المسألتين، و الأصل براءه الذمه، و هذا الذى ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين و الذى تقتضيه أصول المذهب ما ذكرناه».

و أما الفاضل فقد وقع له فى القواعد عبارات ثلاثه: الأولى «لو تنازعا فى عيب يؤثر فى القيمه ففى تقديم أحد الأصلين نظر». و الثانيه «لو ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمه كالعور قدم قول المالك» و فى جامع المقاصد أنه رجوع عن التردد إلى الجزم. و الثالثه «لو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد فى يد الغاصب و الغاصب سبقه فالقول قول المالك على إشكال».

قلت: لا يخفى عليك أن التحقيق ما ذكره الشيخ من الفرق بين المسألتين مع إنكار المالك وجود أصل العور، كما هو ظاهر قول الشيخ:

«ما أعور» أو صريحه، لأنه الذى يقتضيه الأصل بجميع معانيه.

و لعله لذا جزم الفاضل بتقديم قول المالك فيه، بخلاف ما إذا كان العور محققا و لكن النزاع بينهما فى سبقه و لحوقه، و لا أصل يقتضى شيئا منهما حتى مع العلم بالتأريخ، بناء على ما حققناه فى محله، و لا الاقتران الذى مقتضى الأصل أيضا عدمه، مع أنه يمكن فرض المسأله مع القطع بعدمه، و لعله لذا تردد الفاضل.

و لكن فيه أن أصل براءه ذمه الغاصب بحاله حينئذ سالم عن المعارض و لهذا جزم الشيخ فيه بأن القول قول الغاصب لأنه غارم. و إن كان

لم يثبت ما ادعاه من السبق، من حيث تعارض أصلى تأخر الغصب عن العيب و العكس.

و منه يعلم ما فى جامع المقاصد، حيث إنه جعل وجه النظر فى عباره الفاضل ناشئا من تعارض الأصلين، قال: «فإن الأصل براءه الذمه من أرش ذلك، و الأصل السلامه فى العبد إلى حين إثبات اليد، فتعارضهما أوجب التردد- ثم قال-: لا يخفى إن التعارض غير واضح، لأن أصل السلامه من العيب يقتضى شغل ذمه الغاصب لضمان جميع العبد و مع ذلك لا يبقى أصل البراءه، لوجود الناقل عنه، و لأن الأصل عدم تقدم العيب». و تبعه على ذلك فى المسالك.

إذ لا يخفى عليك ما فيه، لأن أصاله عدم تقدم العيب معارضه بأصاله عدم تقدم الغصب مع فرض جهل التأريخ، أو بناء على أن العلم به كالجهل به، و هو منشأ نظر الفاضل، و أصل السلامه من العيب بعد وجوده الذى هو بمعنى استصحابها إلى حين الغصب ليس هو إلا أصل عدم تقدم العيب على الغصب المعارض بمثله، كما هو واضح.

و منه يعلم ما فى عباره المصنف أيضا إن كان مراده ما يشمل دعوى تقدم العور و تأخره، كما يشعر به قوله: «سواء» إلى آخره معرضا به لما سمعته من الشيخ المقتضى عدم معنى لأصل السلامه مع فرض وجود المغصوب معيبا كما عرفت.

و لقد أجاد الفاضل فى المختلف حيث إنه بعد أن حكى كلام الشيخ و ابن إدريس قال: «و الوجه أن نقول: إن كان السيد ادعى بعد موته و دفنه أنه أعور عند الغاصب و ادعى الغاصب أنه أعور عند المالك فلا فرق بين المسألتين، و إذا كان قد أنكر عوره مطلقا قدم قوله، و هو الظاهر من كلام الشيخ، فإنه قال: القول قول السيد إنه ما أعور

و الأصل السلامه، و لأنه لو لا ذلک لما بقی فرق بین الموت و عدمه» و هو جید جدا، موافق لما حققناه.

نعم لو فرض کون دعوی الغاصب أنه أکمه لا عور حادث أمکن حینئذ تقدیم قول المالک، لأصاله السلامه التی هی بمعنی غلبه السلامه الوارده علی أصل البراءه، إلا أن الکلام فی حجیه الغلبه المزبوره علی وجه تصلح قاطعا للأصل المزبور فی المقام، و مع فرضه لا إشکال فی الضمان حینئذ لما ذکره، فتأمل جیدا.

بل مما ذکرناه یعلم ما فی کثیر من الکتب، حتی الدروس و إن وافق ما قلناه فی الجمله، قال: «و لو اختلفا فی تقدم العیب حلف الغاصب علیه، لأنه غارم، قاله الشیخ و ابن إدریس، و لو قیل: یحلف المالک لأن الأصل السلامه و عدم التقدم کالمبیع کان وجها، و لو اختلفا فی العیب بعد موته أو انقطاع خبره حلف المالک عند الشیخ و الغاصب عند ابن إدریس، و الأول أصح».

إذ لا یخفی علیک ما فی الوجه الذی ذکره، ضروره التعارض فیما ذکره من أصل السلامه و عدم التقدم کما عرفت، و حلف المالک علی ذلک فی البیع لأصاله لزوم العقد و البراءه من الأرش، بخلاف المقام المقتضی لشغل ذمه الغاصب الذی مقتضی الأصل براءتها، فتأمل جیدا. و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا باع الغاصب شیئا ثم انتقل الیه بسبب صحیح قیل لا تسمع بینته]

المسأله الثالثه:

إذا باع الغاصب شیئا أو وهب مثلا ثم انتقل الیه بسبب صحیح کمیراث و نحوه و لم نقل بأن ملک الفضولی لما باعه

إجازه فقال للمشترى: بعتك ما لا أملك و الآن قد انتقل إلى بسبب صحيح و أقام بينه هل تسمع بينته؟ قيل: لا، لأنه مكذب لها بمباشره البيع الظاهر فى أنه ملكه.

و قيل و القائل الشيخ و الفاضل و الشهيدان و غيرهم إن اقتصر على لفظ البيع و لم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكيه كأن يقول: بعتك ملكى أو هذا ملكى أو قبضت ثمن ملكى أو أقبضته ملكى قبلت و إلا ردت.

بل لا أجد فيه خلافا بين من تعرض له منا، بل لم أجد القائل بعدم السماع مطلقا، بل عن المبسوط أنه لم يذكره لأحد من العامه، و إنما ذكره احتمالا، مع أنه واضح الضعف، ضروره عدم اقتضاء إيقاع البيع مثلا البيعيه على وجه يكون تكذيبا للبينه، بحيث لا تكون حجه له إذ البيع حقيقه يقع على الملك و غيره، و تنزيل إطلاق البيع على ما يملكه فيما لو باع النصف مشاعا للقرينه الداله على ذلك لا يقتضى تنزيل إيجاد صيغه البيع على الملكيه بحيث تنافى دعواه اللاحقه و بينته، خصوصا مع ملاحظه عموم

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱)«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر».

و لو أقر بالغصبيه بعد أن باعه و قبلى الانتقال اليه بسبب صحيح و كذبه المشترى أغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع و إلا فقيمته، لكن فى القواعد «و لو أقر بائع العبد بالغصبيه من آخر و كذبه المشترى أغرم البائع الأكثر من الثمن و القيمه للمالك» و لم يظهر لنا وجه له معتد به، و المتجه ما قلناه، و حينئذ فلو فرض زياده ما قبض من الثمن عنها

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم- و الباب- ۲۵- منها الحديث ۳.

وجب عليه دسها فى مال المشترى.

هـذا و لكن ليس للمشترى مطـالبته بمـا دفع اليه من الثمن بعـد عـدم تصـديقه فى إقراره، كما أنه ليس للبائع مطالبه المشترى مع عـدم الإجازه إلا بأقل الأمرين من القيمه و الثمن، لأن الاولى إن كانت أقل فليس له غيرها بمقتضـى إقراره، و إن كان الثمن أقل فليس له سواه فى ظاهر الشرع، سواء أجاز المقر له أم لا بعد عدم تصديق المشترى.

و لو عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكه و استرجع ما دفعه كما فى القواعد و غيرها، بل صرح بعضهم بأن ما دفعه كـان للحيلوله، و مقتضاه بقاء العين على ملك المالك و إن دفع له القيمه كما سـمعته فى الحيلوله، و قـد تقـدم بعض الكلام فى ذلك فى كتاب الإقرار.

و لو كان إقراره فى مـده خياره ففى القواعـد و محكى غيرها انفسخ البيع، لأنه يملك فسـخه، فقبل إقراره بما يفسـخه، إذ الإقرار يجب أن ينفـذ حيث يمكن نفوذه، و هو ممكن على هـذا التقدير، فكان كما لو أعتق ذو الخيار أو باع، و لكن قد تقدم فى بحث الحيلوله و فى كتاب الإقرار ما يظهر منه نوع تأمل فى ذلك و بحث فى القاعده المزبوره على وجه يحصل منها الانفساخ ظاهرا و إن لم ينشأ الفسخ، فلاحظ و تأمل.

و لو أقر المشترى خاصه لزمه رد العبد إلى المقر له، و يدفع الثمن إلى بائعه، و لو أعتق المشترى العبد لم ينفذ إقرارهما معا عليه، و كذا لو باعه على ثالث لم يصدقهما، و لو صدقهما العبد بعد عتقه فالأقرب القبول، وفاقا للفاضل فى بعض كتبه،

لعموم «إقرار العقلاء»(۱)

و من أنه فى الإعتاق مانع لوقوعه صحيحا، و منشئ العقد و الإيقاع أعلم به.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الإقرار- الحديث ۲.

لکن فی القواعد «و یحتمل عدمه، لأن العتق حق للّٰه تعالی، کما لو اتفق العبد و السید علی الرق و شهد عدلان حسبه بالعتق» بل هو المحکی عن المبسوط و التذکره و الإیضاح.

و الأقوی الأول، و الفرق بین الأمرین واضح، و علی الثانی فللمالک تضمین أیهما شاء، فیضمنه یوم العتق بناء علی المختار، فان ضمن البائع رجع علی المشتری، لأنه أتلفه، و إن رجع علی المشتری رجع بالثمن خاصه.

و لو مات العبد و خلف مالا ففی التحریر هو للمدعی إن لم یخلف وارثا و لا ولاء لأحد علیه، و فیه أن المتجه کونه للإمام، و اللّٰه العالم.

[المسأله الرابعه إذا مات العبد فقال الغاصب: رددته إلیک قبل موته و قال المالک بعد موته فالقول قول المالک مع یمینه]

المسأله الرابعه إذا مات العبد المغصوب مثلا فقال الغاصب: رددته (إلیک خ) قبل موته و قال المالک: بعد موته فالقول قول المالک مع یمینه لتعارض الأصلین و تساقطهما، أو أن مفادهما الاقتران الذی لا یفید البراءه، مضافا إلی اتفاقهما علی عدمه، مع أنه حادث و الأصل عدمه، و علی کل حال فیبقی أصل بقاء الضمان بحاله علی قطعه لأصل البراءه.

و من هنا کان المشهور علی ذلک، بل لا أجد فیه خلافا و إن قال المصنف و الفاضل فی التحریر قال فی الخلاف: و لو عملنا فی هذه بالقرعه کان جائزا إلا أنا لم نتحققه، فان عبارته المحکیه عنه فی المختلف فی تعارض البینتین قال: «إذا غصب عبدا و مات و اختلفا فقال الغاصب: رددته حیا و مات فی ید المالک، و قال المالک: رددته

میتا، و أقام کل منهما بینه بما ادعاه سقطتا، وعدنا إلی الأصل، و هو بقاء العبد عند الغاصب حتی یغلم رده، و لأن کل منهما مدع موت العبد عند صاحبه و تکافئا سقطتا(۱)و بقی الأصل و هو بقاء العبد عند الغاصب حتی یعلم رده، و إن عملنا فی هذه المسأله علی القرعه کان جائزا».

و لعله لذا حکاه فی الدروس عنه فی ذلک، قال: «و لو اختلفا فی رده أو فی موته قبل الرد أو بعده أو فی رد بدله مثلا أو قیمه حلف المالک، و لو أقاما بینتین تساقطتا، و یحلف المالک، و فی الخلاف یجوز العمل بالقرعه لتکافؤ الدعویین، و هو حسن بل واجب، و قال ابن إدریس: البینه للغاصب، لأنها تشهد بما یخفی».

قلت: و لعله کذلک إن لم ترجح بینه الداخل أو الخارج، و إلا کان العمل علیها دونها، کما حققناه فی کتاب القضاء.

و لعل ما عن المبسوط هنا مبنی علی ترجیح بینه الداخل، قال:

«إذا أقام کل منهما بینه عمل علی ما نذکره فی تقابل البینتین، و إن قلنا:

إن البینتین إذا تقابلتا سقطتا و وعدنا إلی الأصل- و هو بقاء العبد عنده حتی یعلم رده- کان قویا».

لکن فی محکی السرائر أن الذی قواه مذهب الشافعی فی تقابل البینتین لا مذهب أصحابنا، و إنما مذهب أصحابنا بلا خلاف بینهم الرجوع إلی القرعه، لأنه أمر مشکل، و هذا لیس من ذلک القبیل، و لا هو منه بسبیل، و لا فی هذا إشکال- إلی أن قال-: إنما تسمع بینه الغاصب، لأنها تشهد بأمر قد یخفی علی بینه المالک، فلا إشکال هنا حتی تستعمل فیه القرعه، بل مثاله رجل غصب مالا ثم قال الغاصب: رددته و قال

---

۱ - ۱ هکذا فی النسختین الأصلیتین المبیضه و المسوده بقلمه الشریف، و فی المختلف« و تکافئا و لا ترجیح سقطتا» و فی الخلاف« و تکافئا و لا ترجیح فسقطتا» و هو الصحیح.

المغصوب منه: ما رددته، فالقول قول المغصوب منه، فإن أقام كل منهما بينه سمعت بينه الغاصب، لأن لبينته مزيه على بينه المغصوب منه، لأنها تشهد بأمر قد يخفى على بينه المالک، و کذا لو ادعى قضاء الدين و أنكر المالک و أقام كل منهما البينه- إلى أن قال-: و لا يقول أحد من علمائنا: إنه يستعمل هنا القرعه، و لا يعاد إلى الأصل» و حاصله تقديم بينه الخارج على الداخل، و قد ذكرنا في كتاب القضاء تفصيل الحال و الأقوال فلاحظ و تأمل.

نعم حاول في المختلف جعل الفرض من المتضادين الذى هو محل القرعه أو التساقط و الرجوع إلى الأصل، و ذلک لأن الموت أمر وجودى طارئ على الحياه، فهو حينئذ ضدها، و لا يمكن الجمع بينهما، فحصل الاشتباه الموجب للقرعه أو التساقط و الرجوع إلى الأصل. و لعله لذا جزم به في الدروس.

لكن فيه أن ذلک لا يخرج المسأله عن مسأله بينه الداخل و الخارج فلا بد حينئذ من بناء ترجيح إحدى البينتين على ذلک، نعم يرجع إلى القرعه فى البينتين المتضادتين و لم تكن أحدهما بينه داخل و خارج، كما في دعوى رجل زوجيه امرأه و دعوى آخر كذلک، فتأمل جيدا. هذا كله في الرد حيا أو ميتا.

أما رد أصل المغصوب أو قيمته أو مثله فلا إشكال و لا خلاف في أن القول قول المالک، لأن الأصل عدم ذلک، فهو منكر، و لا يشكل ذلک باقتضائه التخليد في السجن حينئذ، لإمكان الالتزام بذلک، كما لو أقام المالک بينه عليه بوجود عين المغصوب، فيحبس إلى أن يتحقق الحاكم عدم العين عنده، فيلزمه بالمثل أو القيمه، و قد يحتمل الانتقال إلى ذلک من أول الأمر، لسقوط التكليف بنفس العين بدعوى الرد التى هى

كدعوى التلف التى ذكرها المصنف و غيره فقال:

[المسأله الخامسه إذا اختلفا فى تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه]

المسأله الخامسه إذا اختلفا فى تلف المغصوب فالقول قول الغاصب مع يمينه بل لا أجد فيه خلافا بينهم، بل عن ظاهر غايه المراد بـل و التـذكره الإجمـاع عليه، و ليس- مع أنه مخـالف للأصـل- إلاـ لأـنه لو لم يقبل لزم تخليـده الحبس لو فرض صـدقه، إذ قد يصدق و لا بينه له.

و فى المسالك «و لا يرد مثله فيما لو أقام المالك البينه ببقاء العين، فإنه حينئـذ يكلف بردها و يحبس مع إمكان صـدقه، إذ البينه ببقائهـا لاـ تقتضـى المطابقه فى نفس الأمر، لأنه يمكن الفرق هنا بأن بقاءها ثابت شـرعا، و ظاهر الحال يقتضـى صـدق البينه فيه، فيجوز البنـاء على هـذا الظـاهر و إهـانته بالضـرب و الحبس إلى أن يظهر للحـاكم كون تركه ليس عنادا، فإذا تعـذر الوصول إلى العين انتقـل إلى بـدلها كمـا هنـا، بخلاف البناء على الأصل، فإنه حجه ضـعيفه مختلف فيها بين الفقهاء و الأصوليين، فلا يناسـبها التضييق بالعقوبه و نحوها».

قلت: لكن ذلـك كله كمـا ترى لاـ يوافق قواعـد الإماميه، ضـروره كونه مجرد اعتبار، فان ثبت إجماع فـذاك، و إلا كان المتجه الحبس إلى أن يظهر للحاكم على نحو البينه.

و كيف كان فإذا حلف من أول الأمر أو بعـد اليأس من دفع العين طالبه المالك بالقيمه لتعـذر العين و لو للحيلوله التى قد عرفت اقتضاؤهـا ذلـك، فمـا عن بعض العـامه- من أنه ليس للمالـك المطـالبه بـالقيمه لأنه يزعم بقاء العين فلا يسـتحق بـدلها- واضـح الضعف، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا اختلفا فیما علی العبد من ثوب أو خاتم فالقول قول الغاصب مع یمینه]

المسأله السادسه:

إذا اختلفا فیما علی العبد من ثوب أو خاتم أو نحوهما فقال المالک: هو لی، و قال الغاصب: هو لی فالقول قول الغاصب مع یمینه بلا خلاف أجده فیه لأن یده حاله الغصب علی الجمیع فیقدم قوله، و لا یعارضه سبق ید المالک بعد زوالها بطرو ید الغصب التی حکم بسببها بضمانه للعین و المنفعه، و الله العالم.

بسم الله الرحمن الرحيم و الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين الغر الميامين، أعلام الحق و أدلاء الخلق، الساده الولاه و الذاده الحمأه.

[كتاب الشفعه]

اشاره

كتاب الشفعه الذى ذكره المصنف و غيره متصلا بكتاب الغصب تنبها على أن ذلك كالمستثنى من حرمه أخذ مال الغير قهرا، للسنه المتواتره التى سيمر عليك جمله منها فى تضاعيف الكتاب و الإجماع بقسميه عليه، بل هو من المسلمين، و ما يحكى عن جابر بن زيد و الأصم من إنكار الشفعه على فرض صحه الحكايه من الشواذ المعلوم بطلانه، خصوصا بعد الطعن فى عقيده جابر منهما بالخروج.

و على كل حال ففى بعض كتب الشافعيه أنها اختلف فى مأخذها لغه هل هى مشتقه من الشفع بمعنى الضم أو الزياده أو التقويه، أو من الشفاعه؟

أقوال متقاربه.

و فى التنقيح «هى مأخوذه من الزياده، لأن سهم الشريک يزيد بما يضم إليه؛ فکأنه وتر فصار شفعا».

و فى المسالک تبعا للتذکره و جامع المقاصد «مأخوذه من قولک:

شفعت کذا بکذا إذا جعلته شفعا به، کأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه، و يقال: أصل الکلمه التقويه و الإعانه، و منه الشفاعه و الشفيع، لأن کل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، و منه شاه شافع للتى معها ولدها، لتقويتها به».

و فيه ما لا يخفى، إلا أن الأمر سهل، کسهوله الأمر فيما ذکر فى تعريفها المحکى عن أبى الصلاح و ابنى زهره و إدريس و غيرهم بأنها استحقاق الشريک المخصوص على المشترى تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته.

و فى القواعد هى استحقاق الشريک انتزاع حصه شريکه المنتقله عنه بالبيع، کقول المصنف هنا هى استحقاق أحد الشريکين حصه شريکه بسبب انتقالها بالبيع.

و فى النافع «استحقاق حصه الشريک لانتقالها بالبيع».

و فى الإسعاد لبعض الشافعيه «هى حق تملک قهرى يثبت للشريک على الحادث بالعرض الذى ملک به».

و يقرب منه ما فى الدروس «حق ملک قهرى يثبت بالبيع لشريک قديم على شريک حادث فيما لا ينقل عاده مع إقراره» إلى غير ذلک، ضروره معلوميه کون المراد منها التمييز فى الجمله لترتب الأحکام عليه، و إلا فتمامه يعلم بالاحاطه بالأدله التى ستعرفها إنشاء الله، و ليس المراد

منها التحدید الحقیقی، و لا أن ذلک للاختلاف بینهم فی معنی شرعی لها کما ذکرنا ذلک غیر مره.

و حینئذ فلا ثمره فیما فی المسالک من أنه ینتقض تعریف الکتاب فی طرده بما لو باع أحد الشریکین حصته للآخر، فإنه یصدق علیه أن المشتری قد استحق حصه شریکه الآخر بسبب انتقالها بالبیع، و لا عذر فی أن الشریک بعد بیع حصته لیس بشریک، لمنع زوال اسم الشریک عنه، بناء علی أنه لا یشترط فی صدق المشتق حقیقه بقاء المعنی المشتق منه، و لا مخلص من ذلک إلا بالتزام کونه حینئذ مجازا کما یقوله بعض الأصولیین، لکن الأصحاب لا یقولون به، و علی هذا فتصدق الشرکه بعد المقاسمه، و یلزم ثبوت الشفعه لأحد الشریکین المتقاسمین حصه الآخر إذا باعها لغیره، و هم لا یقولون به، و یصدق مع تکثر الشرکاء إذا کانوا ثلاثه فباع أحدهم لأحد الآخرین، فإنه حینئذ یصدق بقاء شریکین قد انتقلت الحصه المستحقه بالبیع إلی أحدهما من شریکه، إلاـ أن یقال هنا: إن الشریک لم یستحق حصه شریکه، بل بعض حصته، و هی المنتقله بالبیع دون باقی حصته، و هی حصه الشریک الآخر، حیث إن شریکه یشمل الشریکین، بناء علی أن المفرد المضاف یفید العموم، فلم یتحقق استحقاقه حصه شریکه، و یؤید هذا أن الحصه و إن کانت صادقه ببعض ما یستحقه الشریک کما یقال باع حصه من نصیبه و إن قلت إلا أنه بإضافتها إلی الشریک تناولت جمیع حصته، بناء علی القاعده المذکوره و قد أشرنا إلیها فیما سبق، و لا مخلص من هذه المضایقات إلا بدعوی کون الشریک بعد انتقال حصته لم یبق شریکا عرفا، و الاستحقاق بسبب بیع أحد الشریکین الآخر لا یتحقق إلا بعد تمام البیع، و معه تزول الشرکه عرفا و إن صدقت لغه.

و كأنه أشار بهذا التطويل إلى بيان ما فى جامع المقاصد من الإيراد على تعريف الفاضل بأنه صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعه إياها، ثم إن الحصه لا يعلم أى حصه يراد بها، و كذا الشريک لا يتعين أى شريک يراد به.

لكنه على كل حال هو كما ترى مع طوله و قله محصوله لا يخلو بعضه من خلل، ضروره كون المراد استحقاق حصه الشريک الحادث بسبب انتقالها إليه بالبيع، و لو سلم إراده الأول كما هو ظاهر تعريف القواعد فالمراد استحقاق الشريک حصته التى باعها لغيره، فلا يرد شى ء مما ذكر، و قول المصنف: «أحد الشريكين» كالصريح فى عدم تحققها مع الكثره فلا يرد ما ذكر من بيع أحد الثلاثه.

و أغرب من ذلک ما ذكره فى مسأله المشتق، و دعواه الإجماع ظاهرا على عدم اعتبار بقاء المبدأ فى الصدق ثم تفريعه على ذلک لزوم تحقق الشفعه بعد المقاسمه، مع أنه ممنوع فى مثل الحائض و الشريک، و على تقديره فلا يلزم منه ما ذكره بعد النص و الفتوى على اعتبار عدم القسمه فى ثبوتها، إلى غير ذلک مما لا يخفى عليک حاله.

و كذا ما فى الرياض تبعا للتنقيح من «أن تعريف المصنف فى النافع و إن انتقض فى طرده بأمور- منها ما لو باع أحد الشريكين حصته للآخر، فإنه يصدق عليه أن المشترى قد استحق حصه شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع- إلا أنه أجود مما عرفها فى القواعد» إلى آخره.

لانتقاضه طردا زياده على ما ينتقض به الأول بأنه قد يستحق الشريک حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع لا بسبب الشفعه بل بسبب آخر، كالإرث و غيره، و إنما لا ينتقض ما هنا به لتعليل الاستحقاق بالانتقال بالبيع، ليخرج ما كان الانتقال لا به، بل بغيره من النواقل، كالهبه و الاصداق

و الصلح و نحو ذلک. و الأمر فی ذلک کله سهل.

إنما الکلام فی النظر فی ذلک أی کتاب الشفعه و هو یعتمد (یستدعی خ ل) خمسه مقاصد:

[المقصد الأول فی ما تثبت فیه الشفعه]

الأول فی ما تثبت فیه الشفعه و لا خلاف بیننا بل و بین غیرنا عدا النادر الذی عرفته فی أنها تثبت فی الأرضین کالمساکن و العراص و البساتین بل تثبت فی ذلک إجماعا بقسمیه، بل المحکی منهما مستفیض أو متواتر کالنصوص من الطرفین(۱).

و هل تثبت فیما ینقل کالثیاب و الآلات و السفن و الحیوان؟ قیل و القائل الإسکافی و الشیخان فی المقنعه و النهایه و الاستبصار و الصدوقان و المرتضی و أبو صلاح و ابن البراج و ابنا زهره و إدریس بل و حمزه فی الظاهر علی ما حکی عن بعضهم نعم تثبت دفعا لکلفه القسمه، و استنادا إلی روایه یونس عن بعض رجاله(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) التی ستسمعها، و نفی عنه البعد فی الدروس و اختاره فی الریاض، و فی المسالک و غیرها نسبته إلی أکثر المتقدمین و جماعه من المتأخرین، بل فی الانتصار

الإجماع علیه، و أنه من متفردات الإمامیه، بل عن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب الشفعه و سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۰۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

ابن إدريس الإجماع أيضا و إن كنا لم نتحققه، لأن عبارته المحكيه عنه فى المختلف كما تحتمل ذلك تحتمل إراده عموم معقد الإجماع أو إطلاقه فلاحظ.

و قيل و القائل الشيخ و الطبرسى و الراوندى و سلار و الفاضل و والده و ولده و الآبى و الشهيدان فى اللمعه و الروضه على ما حكى عن بعضهم:

لا تثبت، بل عن الخلاف نسبته إلى أكثر أصحابنا، بل عن التذكره إلى المشهور، بل فى الدروس نسبته إلى المتأخرين اقتصارا فى التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع، و استضعافا للروايه المشار إليها، و هو أشبه عند المصنف وفاقا لمن عرفت.

إلا أن الروايه المزبوره رواها

المشايخ الثلاثه(۱)عن الصادق (عليه السلام) «عن الشفعه لمن هى؟ و فى أى شى ء هى؟ و لمن تصلح؟ و هل يكون فى الحيوان شفعه؟ و كيف هى؟ فقال: الشفعه جائزه- و فى الفقيه واجبه- فى كل شى ء من حيوان

أو أرض أو متاع إذا كان الشى ء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره و إن زاد على اثنين فلا شفعه لأحد منهم».

و معتضده بما فى

الفقيه بإسناده عن أحمد بن محمد بن أبى نصر عن عبد الله بن سنان(۲)«أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له الشريك: أعطنى، قال: هو أحق به، ثم قال (عليه السلام): لا شفعه فى الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا».

و بصحيح ابن سنان(۳)«قلت لأبى عبد الله (عليه السلام):

المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحق،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۷.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۴.

إله ذلک؟ قال: نعم إذا کان واحدا».

و بصحیح الحلبی(۱)فی التهذیب و حسنه کالصحیح فی الکافی عن أبی عبد الله (علیه

السلام) أیضا أنه قال «فی المملوک بین شرکاء یبیع أحدهم نصیبه فیقول صاحبه: أنا أحق به، إله ذلک؟ قال: نعم إذا کان واحدا، قیل له: فی الحیوان شفعه؟ قال: لا»

المحمول علی إراده نفیها فی الحیوان إذا لم یکن الشریک واحدا بشهاده خبر الفقیه الذی به أیضا یقید إطلاق نفیها فی الحیوان فی غیر الخبر المزبور. و بذلک جمع الشیخ بینها، و لعله أولی من الجمع بینها بتخصیص المملوک من الحیوان، کما تسمعه من الفاضل فی المختلف، و علی کل حال فهی مؤیده لمرسله یونس.

مضافا إلی إطلاق

قول أبی عبد الله (علیه السلام) فی حسن الغنوی(۲)«سألته عن الشفعه فی الدور أ شی ء واجب للشریک؟ و یعرض علی الجار و هو أحق بها من غیره؟ فقال: الشفعه فی البیوع إذا کان شریکا فهو أحق بها من غیره بالثمن»

و غیره من الإطلاقات.

و إلی ما یفهم من

خبر عقبه بن خالد(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله)

بالشفعه بین الشرکاء فی الأرض و المساکن، و قال: لا ضرر و لا ضرار، و قال: إذا أرفت الأرف و حددت الحدود فلا شفعه».

کل ذلک مضافا إلی الإجماع المحکی المعتضد بالشهره المزبوره الجابرین لما فی النصوص المزبوره من الضعف فی السند أو الدلاله. مضافا إلی مخالفه العامه الذین جعل الله الرشد فی خلافهم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

و ربما نوقش فی الشهره المزبوره بأن الصدوقین و ابن أبی عقیل لم یذهبوا إلی الإطلاق المزبور.

قال فی المقنع: «لا شفعه فی سفینه و لا طریق و لا حمام و لا رحی و لا نهر و لا ثوب و لا فی شی ء مقسوم، و هی واجبه فی کل شی ء عدا ذلک من حیوان أو أرض أو رقیق أو عقار».

و قال أبوه: «الشفعه واجبه فی کل شی ء من حیوان أو عقار أو رقیق إذا کان الشی ء بین شریکین، و لیس فی الطریق شفعه و لا فی نهر و لا فی رحی و لا فی حمام و لا فی ثوب، و لا فی شی ء مقسوم».

و لعله لذا حکی عنهما فی الدروس إثباتها فی الرقیق و الحیوان.

و قال ابن أبی عقیل: «لا شفعه فی سفینه و لا رقیق».

و فی النهایه بعد أن صرح بثبوت الشفعه فی الضیاع و العقار و الحیوان و المتاع قال: «و لا شفعه فیما لا یصح قسمته مثل الحمام و الأرحیه و ما أشبههما».

و من ذلک یعلم أن فی المسأله أقوالا لا قولین خاصه، کما عساه یظهر من المصنف و غیره ثبوتها فی المنقول مطلقا و عدمها فیه کذلک، و التفصیل بما سمعته من الصدوقین و الشیخ فی النهایه، بل و من ابن أبی عقیل إذا کان یثبتها فیما عدا ما ذکر، و تفرد الفاضل فی المختلف بثبوتها فی الأراضی و فی خصوص المملوک و إن حکاه المصنف فیما یأتی، إلا أنا لم نتحققه.

و لا یخفی علیک وجه الجمیع بعد الإحاطه بما ذکرناه، مضافا إلی

خبر السکونی(۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): لا شفعه فی سفینه و لا فی نهر و لا فی طریق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

و لا فی رحی و لا فی حمام».

و خبر سلیمان بن خالد(۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «لیس فی الحیوان شفعه».

و المرسل فی الکافی(۲)«إن الشفعه لا تکون إلا فی الأرضین و الدور فقط»

المنجبر بما عرفت من الشهره بین المتأخرین بل إطباقهم، بل قد سمعت حکایتها علی الإطلاق.

و

قول الصادق (علیه السلام) فی خبر عبد الله بن سنان(۳): «لا تکون الشفعه إلا لشریکین ما لم یتقاسما».

و قوله (علیه السلام) فی خبر السکونی(۴): «لا شفعه إلا لشریک غیر مقاسم».

و قول أحدهما (علیهما السلام) فی المرسل(۵): «الشفعه لکل شریک لم یقاسم».

و قول علی (علیه السلام)(۶): «لا شفعه إلا لشریک غیر مقاسم».

و المرسل فی الفقیه(۷)عن الصادق عن أبیه (علیهما السلام) «إن رسول الله (صلی الله علیه و آله) قضی بالشفعه ما لم تؤرف.

یعنی تقسم»

بناء علی ظهورها فی کون مورد الشفعه القابل للقسمه، بخلاف الحیوان و نحوه، بل ذکر الأرف التی هی علامه الحدود فی قسمه الأراضی مشعر بأن موردها خصوص الأراضی.

بل فی بعض کتب الشافعیه أن الأصل فی عدم ثبوتها فی المنقول

حدیث

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب الشفعه- الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۳.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۷.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الشفعه- الحديث ۸.

جابر(۱)«أن النبی (صلی الله علیه و آله) قضی بالشفعه فیما لم یقسم، ماذا وقعت الحدود و طرقت الطرق فلا شفعه»

و رواه البخاری(۲)«إنما الشفعه»

إلی آخره باعتبار أنه خصها بما تدخله القسمه و الحدود و الطرق، و هذا لا یکون فی المنقولات.

بل عن الشیخ الاستدلال بهذه النصوص علی الاختصاص، مضافا إلی

خبر جابر منها «لا شفعه إلا فی ربع أو حائط»

و رواه فی الإسعاد «الشفعه فی کل مشترک فی أرض أو ربع أو حائط لا یصلح له أن یبیع حتی یؤذن شریکه فیأخذ أو یدع»(۳).

و الانصاف أن ذلک کله مما یورث الشک للفقیه، خصوصا بعد عدم الشهره المحققه المعتد بها للقدماء فی ذلک، بل ما حکاه المرتضی عن العامه من اتفاقهم عدا مالک علی عدم ثبوتها فی المنقول معارض بما عن الخلاف من حمل مرسل یونس(۴)علی التقیه من أبی حنیفه و مالک، کما أن ما ادعاه من الإجماع لم نتحققه، إذ لم نعرف من وافقه علی ذلک ممن تقدمه إلا المفید، مع أنه حکی عنه فی المختلف أنه لم یصرح بشی ء، و إن کان هو خلاف الموجود عندنا فی مقنعته من التصریح بذلک فی آخر کلامه، و إلا ابن الجنید، و لم نقف علی عبارته، و لیس النقل کالعیان، أما الصدوقان و ابن أبی عقیل فقد عرفت الحال فی کلامهم.

و أما النصوص السابقه المرسل بعضها و المضطرب الآخر منها فی الحیوان الذی یستبعد الجمع بینها بما ذکرناه، لأن السؤال فی بعضها قد

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۰۲.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۰۲.

۳- ۳ کنز العمال- ج ۴ ص ۲- الرقم ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

وقع عنه بعد المملوک المقید بوحده الشریک، علی أن حمل النصوص المطلقه علی ذلک مع عدم خصوصیه للحیوان فی غایه البعد، کطرح نصوص السفینه، و الإطلاقات المزبوره یشک فی إراده الفرض منها، خصوصا مع ملاحظه الشهره و عدم سوقها لبیان نحو ذلک.

فالتحقیق حینئذ الاقتصار علی المتیقن فیما خالف الأصول العقلیه و النقلیه، و هو الأخذ فی غیر المنقول، و حمل النصوص فی المملوک و الحیوان(۱) علی ضرب من الندب، بل لا یبعد حمل مرسل یونس(۲)علیه، و الله العالم. هذا کله فی المنقول فعلا.

أما الشجر و النخل و الأبنیه فتثبت فیها الشفعه تبعا ل بیع الأرض بلا خلاف أجده فیه، بل عن المبسوط نفیه فی موضعین، بل قیل إن ظاهره نفیه بین المسلمین، و لعله کذلک، بل قد یظهر من ذکر القولین فیما لو أفردا فی المتن و غیره الإجماع علی ثبوتها فی صوره الضم.

کل ذلک مضافا إلی دخول الأبنیه فی المساکن التی قد سمعت التصریح بها و

بالدور فی نصوصنا(۳)نعم لیس فی شی ء منها ذکر الحائط بمعنی البستان الشامل للأرض و الغرس، و انما هو موجود فی نصوص العامه(۴)إلا أنه لا فرق عند الأصحاب بینه و بین البناء، کما أنه لیس فی شی ء من نصوصنا لفظ البناء، بل فیها الأراضی و المساکن و الدور، و من هنا قد یتوقف فیما لا یدخل تحت اسم المسکن و الدار من البناء، کجدار و نحوه و إن حکی عن ظاهر جماعه و صریح آخرین

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲ و ۴ و ۵- من کتاب الشفعه.

۴- ۴ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۰۴ و ۱۰۹.

ثبوت الشفعه فيه تبعا للأرض، لكنه لا يخلو من نظر، اللهم إلا أن يكون ذلك مثالا لكل ما يثبت فى الأرض، سواء كان مسكنا أو غيره نعم لا- إشكال فى تناول اسم الدار لجميع ما يثبت فيها من الأبواب و الأخشاب و الأعتاب و نحوها من المنقولات التى أثبتت تبعا للدار، بل فى بعض كتب الشافعيه دخول المفاتيح أيضا، و إن كان فيه منع واضح و إن قلنا بتبعيتها لبيع الدار عرفا، كتبعيه ثياب العبد و مقود الدابه و رحلها، إلا أن ذلك لا يقتضى التبعيه فى الشفعه التى مدارها اسم البستان و الدار و المسكن لا

ما يتبعها عند بيعها، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

على أن الأصل المزبور يقتضى الاقتصار على المتيقن، و لعله لذا جزم فى القواعد و التذكره و التحرير و جامع المقاصد بعدم الشفعه فيما لو كانت أرض الغرفه سقف صاحب السفل المختص، لعدم التبعيه لأرضه حينئذ، و لكن فى الدروس لا شفعه فيها عند الفاضل مشعرا بنوع تردد فيه.

أما لو كان السقف لهما ففى القواعد إشكال، من حيث إنه فى الهواء، فليس بثابت، و لا ترجيح فى التحرير و الدروس، بل فى التذكره الأقرب أن لا شفعه، بل فى جامع المقاصد أنه الأصح، لأن ثبوت الشفعه فيها تبعا للأرض و لا أرض هنا، و عدم النقل عاده لا يخرجها عن كونها منقوله فى الأصل و صائره إلى النقل.

إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، لصدق اسم المسكن و الدار، و كون الشى ء منقولا أو ثابتا ليس عنوانا فى شى ء من النصوص، و لعله لذا حكى عن الفخر أن الأولى ثبوت الشفعه، بل لولا ذلك لأشكل حينئذ الشفعه فى مسكن الأسفل، باعتبار أن أعلاه ملك لغيره، إلا أنه كما ترى يمكن القطع بعدمه، و الله العالم.

و على كل حال فلا إشكال فى البناء و الغرس التابع للأرض

نعم لو أفردا بالبيع نزل على القولين السابقين بلا خلاف أجده فيه، و كذا لو بيعا مع أرض اخرى.

أما لو بيعا مع مغرسهما و أسهما خاصه من أرض البستان و الدار فالأصح عند الشافعيه عدم الشفعه، لأن المبيع من الأرض هنا تابع، و هو الأس و المغرس، و المتبوع هو البناء و الشجر(۱)و لا يخلو من وجه للشك فى التبعيه هنا، لعدم صدق البستان و الدار على الفرض، إذ هما اسم للمجموع المركب من ذلك و هو المدار.

و منه حينئذ يعلم عدم الشفعه فى الدار التى أرضها غير مملوكه للشريكين و لو لأنها مفتوحه عنوه و قلنا بعدم ملكها تبعا للآثار، أو كانت وقفا على غيرهما أو كانت مستأجره أو عاريه أو نحو ذلك، فإنها و إن صدق عليها اسم الدار و البستان لكنه لا بيع فيها لأرضها مع الآثار حتى تتحقق الشفعه حينئذ.

و لو كان فى أرض البستان أو الدار زرع بجز مره بعد أخرى فالذى صرح به بعض الشافعيه الشفعه فى أصوله و إن كان الجزه الظاهره لا شفعه فيها. أما إذا لم يكن كذلك بل يجز دفعه واحده و يؤخذ فلا

شفعه فيه قلت: لعل الأصح خلافه فيهما، ضروره عدم دخولهما فى اسم الحائط و الدار حتى تتحقق الشفعه فيه، و ليس هو من التوابع الثابته، و من هنا كان المحكى عن الخلاف و فقه الراوندى و التذكره و التحرير و جامع المقاصد و غيرها عدم الثبوت فيه من دون تفصيل.

و لو كان فى الدار نخله أو شجره أو نحوهما مما لا تسمى بستانا فلا شفعه فيها ببيع الدار، إذ ليس هى منها فى شى ء، و التبعيه الجعليه فى البيع لا تجدى، بل قد عرفت أن التبعيه العرفيه كذلك ما لم تدخل فى المسمى على وجه تكون من أجزاء الدار عرفا، مثل الرفوف المثبته فيه.

۱- ۱ فى النسختين الأصليتين« و المتبوع و هو البناء و الشجر» و الأولى ما أثبتناه.

بل لو فرض بناء بيوتها أجمع بالخشب و نحوه ثبت فيها الشفعه تبعا للأرض، لصدق اسم المسكن و الدار، بل لا يبعد إلحاق بناء القصب و نحوه مما يكون مبنيا على الثبات و الدوام على وجه الجزئيه منها، فتأمل جيدا، فان المدار ما عرفت، و إلا فالفروع المتصوره في المقام كثيره لا يصعب عليك بحمد الله شي ء من أحكامها بعد الإحاطه بما ذكرناه، حتى أصاله عدم الشفعه مع الشك.

نعم تتجه الشفعه في ذلك و إن لم تدخل تحت اسم المسكن و البستان و الدار بناء على أن البناء و الغرس مثال لكل ما يثبت في الأرض على هذا النحو، و لذا تثبت الشفعه في الحمام و الدكان و الرحى و البئر و نحوها مع السعه، و لا يدخل شي ء منها في اسم البستان و الدار، كما أومأنا إليه في الجدار المبني في أرض.

و من ذلك ينقدح الشفعه حينئذ في النخله في الدار و في المناره مثلا في البستان، بل و في البيوت التي تبنى فيها لأجل إحراز الثمره أو لأجل حيواناتها أو لنحو ذلك، بل و ما يثبت فيها من حشيش و نحوه و إن كان مما ينقل، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان ففي التحرير و النافع من الأصحاب من أوجب الشفعه في العبد من المنقول خاصه دون غيره من الحيوان فضلا عن غيره، إلا أنا لا نعرفه كما اعترف به الشهيد و غيره، نعم قد سمعت من الفاضل في المختلف اختياره، لصحيحي المملوك(۱)السابقين، و نفي الشفعه في الحيوان في أحدهما و في غيرهما من النصوص.

لكن- مع أنه قول- لم نعرف من وافقه عليه لا ممن تقدمه و لا ممن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۳ و ۴.

تأخر عنه، بل قد عرفت ما فی خبر الفقیه(۱)المشتمل علی نفیها فی الحیوان مع التعدد، و به یجمع بین النصوص.

فالمتجه حینئذ عدم الفرق بین المملوک و غیره من أصناف الحیوان إلا أنک قد عرفت ما یدل علی عدم جریانها فی مطلق المنقول حیوان و غیره، علی وجه لا تقاومه النصوص المزبوره بحیث یقید بها، و کذا مرسل یونس السابق و غیره مما سمعت، و لا أقل من حصول الشک بعد تصادم المرجحات جمیعها، و الأدله کذلک حتی المطلقات، فیتجه الرجوع إلی الأصل الذی مقتضاه عدم ثبوت الشفعه فی غیر محل الیقین کما سمعت الکلام فیه سابقا.

بل من ملاحظه الأصل المزبور یرجح حینئذ اعتبار قابلیه القسمه فی محل الشفعه و إن قال المصنف فی ثبوتها فی النهر و الطریق و الحمام و نحوها م ما یضر قسمته تردد.

لکن أشبهه بأصول المذهب و قواعده التی قد سمعتها أنها لا تثبت وفاقا للشیخ و سلار و ابنی حمزه و البراج و الفاضل و ولده و الشهید و أبی العباس و المقداد و الکرکی و ثانی الشهیدین علی ما حکی

عن بعضهم، بل لعله ظاهر ما سمعته من الصدوقین بل و ابن أبی عقیل، بل عن بعض نسبته الی أکثر المتأخرین، بل عن التذکره نسبته إلی أکثر علمائنا، بل فی المسالک هو المشهور خصوصا بین المتأخرین، بل فی الدروس علیه المتأخرون.

فمن الغریب ما عن المحدث البحرانی من الإنکار علی الفاضل نسبته إلی أکثر علمائنا قائلا: إن الشهره إنما وقعت بعد العلامه. إذ لا یخفی علیک ما فیه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۷.

على أنه لم يحـك الخلاف فى ذلـك إلا عن المفيـد و المرتضـى و ابنى زهره و إدريس و أبى على و القاضـى، و لا سابع لهم، على أن مقنعه الأـول حـاليه عن التعرض لخصوص ذلـك، نعم فيهـا تعميم لكـل مبيع مشاع. و المحكى عن مهـذب الأخير منهم الوفاق للمشهور.

و على كل حال فيدل على الأول- مضافا إلى الأصل المزبور- ما سمعته من النصوص(۱)المشتمله على نفيها فى النهر و الطريق و الرحى و الحمام بعد الإجماع على تقييده بغير القابل للقسمه إن لم يكن ذلك هو المنساق منه، بل لعل المنساق

منه و لو بضميمه ما عرفت كون ذلك مثالا لكل ما هو غير قابل لها من الأراضى.

و احتمال حمله على التقيه يدفعه أن المحكى عن أبى حنيفه و أصحابه و ابن شريح و الثورى و مالك فى إحدى الروايتين ثبوت الشفعه فى ذلك، نحو ما سمعته من المرتضى، و هم أولى بالتقيه من غيرهم.

بل عن الخلاف الاستدلال على ذلك ب

خبر جابر العامى(۲)عن النبى (صلى الله عليه و آله): «إنما جعلت الشفعه فيما لم يقسم»

باعتبار أن «لم» لا تدخل إلا على ما يمكن قسمته و يصح اتصافه بها و لو وقتا.

و لهذا يصح أن يقال: «السيف لا يقسم» و لا يقال: «لم يقسم» فالنفى بها حينئذ بمعنى عدم الملكه لا بمعنى السلب.

قلت: لعـل الاسـتدلال به باعتبـار كون المنفى بهـا وصـفا أو صـله للمقسوم، و إلاـ فـالنفى بهـا على غير الوجه المزبور موجود فى المروى من طرقنا، ك

قول أحدهما (عليهما السلام) فى مرسل جميل(۳): «الشفعه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من كتاب الشفعه.

۲- ۲ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۱۰۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الشفعه- الحديث ۳.

لکل شریک لم تقاسمه»

و قولهم (علیهم السلام) فی عده أخبار(۱): «الشفعه لا تکون إلا لشریک لم تقاسمه».

بل قد یقال بظهوره أیضا فی ذلک، لکن لا من حیث خصوص النفی بلم، بل من حیث قوله: «یقاسمه» و «لا یقاسمه» فی ذلک أیضا، خصوصا مع

قوله (صلی الله علیه و آله) فی أحدهما(۲)أیضا: «إذا أرفت الأرف و حددت الحدود فلا شفعه»

فی ذلک أیضا.

بل و إلی إشعار

قوله (صلی الله علیه و آله) فی الخبر المزبور: «لا ضرر و لا ضرار»

بناء علی أن المراد بذلک من حیث احتمال طلب الشریک الحادث القسمه المحتاجه إلی مئونه، کما عساه یشهد لذلک

قوله (صلی الله علیه و آله):

«إذا أرفت»

إلی آخره. و إن کان قد یناقش باحتمال کونه تجدد الشرکه و سوء الشریک، بل لعله أظهر، و ذلک لأن الشفعه إنما تثبت بانتقال الملک عن الشریک إلی المشتری، فلا بد أن یکون الضرر الذی تناط به الشفعه فی ظاهر النص و کلام الأصحاب ناشئا من جهته، و ضرر طلب المشتری القسمه لیس ضررا ناشئا منه، لسبقه علی الانتقال و ثبوته للشریک علی کل حال، فضرر طلب القسمه لازم علی کل تقدیر، بل هو من لوازم الشرکه فیما یقبل القسمه، فلا یمکن أن یکون مثله الضرر الذی تناط به الشفعه.

بل المراد أن نفوذ سلطنه الشریک علی بیع نصیبه علی أی حال ضرر علی شریکه، کما أن منعه منه ضرر أیضا، فاللازم من ذلک أحقیه الشریک من غیره إذا بذل ما بذل غیره، و هذا لا یختلف فیه القابل للقسمه و غیره، نعم أقصی ذلک أنه حکمه لا یجب اطرادها، و أقصاها الإطلاق أو العموم المقید أو

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

المخصص بما سمعت.

و أما مرسل یونس(۱)و إجماع المرتضی فقد عرفت الحال فیهما سابقا بل مما سمعته هنا یزداد ذلک فیهما، و بعد التنزل و القول بتصادم

المرجحات و الأدله حتی مطلقها فالأصل المزبور باق بحاله، و مقتضاه عدم الشفعه فی ذلک.

بل ربما قیل: إنه یشک فی أصل دخول الحمام و الطاحونه و غیرهما فی مرسل الکافی(۲)النافی للشفعه فی غیر الأرضین و المساکن، باعتبار اقتضاء المقابله فیه إراده الأرض الخالیه عن البناء، و إن کان هو کما تری خصوصا فی مثل الحمام و الطریق و الدکان المعلوم ثبوت الشفعه فیها مع فرض قبول القسمه کما ستعرف، و الله العالم.

و کیف کان ففی المتن نعنی بالضرر المانع عن الإجبار علی القسمه أن لا ینتفع به بعد قسمته بل فی المسالک «لضیقه أو لقله النصیب أو لأن أجزاؤه غیر منتفع بها کالأمثله المذکوره إذا کانت بالغه فی الصغر هذا الحد، فلو بقی للسهم بعد القسمه نفع ما ثبتت الشفعه» إلی آخره. و حینئذ فالمتضرر لا یجبر علی القسمه بخلاف الآخر.

قلت: قد حققنا ذلک فی بحث القسمه علی وجه یعلم منه فساد تخصیص الضرر بذلک، بل هو أعم منه و من نقص القیمه الفاحش، فلاحظ و تأمل.

بل قد یتوقف فی منع الضرر إذا کان من حیث قله النصیب لا من حیث نفس القسمه، و إن کان لا یخلو من وجه، و الله العالم.

و لو کان الحمام أو الطریق أو النهر مما لا یبطل أصل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

منفعته بعد القسمه و إن لم تكن المنفعه السابقه بناء على ما سمعته من المصنف فی تحدید الضرر المانع من الإجبار أجبر الممتنع و تثبت الشفعه.

أما إذا قلنا: إنه عدم إمکان الانتفاع به على الوجه السابق أو عدم النقص الفاحش بالقیمه فلا بد من فرض عدمه على کل منهما فی ثبوت الشفعه حینئذ، ضروره توقف قابلیته للقسمه على وجه یتحقق فیه الإجبار على ذلک، و الفرض أنه عنوان الشفعه.

و حینئذ فلو کان أحد المذکورات ضیقا بحیث لا یمکن الانتفاع به بعد القسمه لا فی الوجه السابق و لا فی غیره أو تنقص قیمته نقصانا فاحشا لم تثبت فیه الشفعه على التقادیر الثلاثه، بناء على اعتبار قابلیه القسمه فیها.

أما مع السعه بحیث یمکن الانتفاع به على الوجه السابق بعد قسمته و لا تنقص قیمته تثبت الشفعه، کما لو کان الحمام واسعا، بحیث یسلم لکل من الشریکین حمام، و کذا الطریق و النهر، بل و البئر إذا فرض سعتها على وجه یمکن أن تبنى فتجعل بئرین لکل واحد منهما بیاض یقف فیه و یرتفق به، فلا إشکال حینئذ فی ثبوت الشفعه لتحقق قابلیه القسمه حینئذ.

بل فی القواعد و الدروس و محکی المبسوط و التحریر و کذا لو کان مع البئر بیاض أرض مزرع مثلا و أمکن التعدیل بحیث یسلم البئر لأحدهما و البیاض لآخر و إن لم ینتفع به على الوجه السابق و لکن له منفعه أخرى، بناء على ما ذکره المصنف فی الضرر کما عن التذکره التصریح بذلک، ضروره تحقق قابلیته القسمه على ذلک، نعم لو قلنا باعتبار بقاء المنفعه السابقه لم تثبت الشفعه، إلا أن یفرض بقاء قابلیه الأرض للزراعه بمطر أو بماء آخر غیره.

و كـذا الكلام فى غيره من بيت الرحى و نحوه، بـل ينبغى القطع به لو فرض كون الرحى المشتركه أربعه أحجار دائره يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين، كما فى القواعـد و محكى المبسوط و التـذكره و التحرير و جامع المقاصد التصـريح به لو فرض سـعه بيت الرحى بحيث يمكن جعله موازنا لما فيه المرافق مع سـلامتها، أو لما فيه الرحى، أو كان موضع الحجر فى الرحى واحدا لكن لهـا بيت يصـلح لغرض آخر و أمكنت القسـمه، بـأن يجعل موضع الحجر لواحـد و ذلك البيت لآخر، ليتحقق الانتفاع لكل منهما على الوجه الذى اعتبره المصنف تحققت الشفعه(۱) لنحو ما سمعته فى البئر.

لكن فى الدروس «لو اشـتملت الأرض على بئر لا يمكن قسـمتها و أمكن أن تسـلم البئر لأحدهما مع قسـمه الأرض تثبت الشفعه فى الجميع قيل: و كذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحى موازنا لما فيه الرحى، و يلزم منه أنه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيقين و أمكن سلامه الحمام أو البيت لأحدهما أمكن أن تثبت، و عندى فيه نظر، للشك فى وجوب قسمه ما هذا شأنه».

قلت: و فيه أنه لا فرق بينه و بين ما ذكره من البئر و الأرض الذى جزم به، و لعله يريد النظر فى الجميع، و أما تحقيق حال وجوب قسمه مثل ذلك فقد ذكرناه فى كتاب القسمه فى القضاء، فلاحظ و تأمل.

ثم المراد بالشفعه فى الرحى إذا بيعت مع الأرض المثبته فيها و كذا البئر على نحو ما سمعته فى البناء و الغرس، و الله العالم.

و كيف كان ف فى دخول الدولاب و الناعوره فى الشفعه إذا بيعا مع الأرض تردد و نظر كما فى القواعد إذ ليس

۱- ۱ هكذا فى النسخه الأصليه، و فى العباره تشويش.

من عادته أن ينقل فيتبع الأرض، و من أنهما منقولان فی أنفسهما.

و لکن الأصح ثبوتها کما فی التحریر و الإیضاح و الدروس و جامع المقاصد و غیرها علی ما حکی عن بعضها، لتناول اسم الدار و الحمام و البستان له إذا کان من جمله المرافق، کتناولها للأبواب المثبته عاده مع قبولها للنقل عاده، بل لو قلنا بعدم دخولها فی الاسم أمکن القول بتبعیتها، لنحو ما سمعته فی الجدار و الحمام و الرحی و نحوها، و حینئذ فما عن التذکره من أن الأقرب عدم الدخول لا یخلو من نظر، نعم لو بیعا منفردین لم یکن شفعه بلا خلاف و لا إشکال بین القائلین بعدم ثبوتها فی المنقول.

کما لا خلاف و لا إشکال بینهم فی أنه لا تدخل الحبال التی ترکب علیها الدلاء فی الشفعه لأنها من المنقول کالدلاء بنفسها إلا علی القول بعموم الشفعه فی المبیعات.

بل لا خلاف بینهم أیضا إلا ما تسمعه من الشیخ فی المبسوط منهم و لا إشکال فی أنه لا تثبت الشفعه فی الثمره مؤبره کانت أو لا- و إن بیعت علی رؤوس النخل أو الشجر منضمه إلی الأصل و إلی الأرض لأنها قد صارت من المنقول، إذ لا یراد دوامها، و إنما لها أمد معین ینتظر، فلیست هی من التوابع الثابته و لا داخله فی مفهوم البستان، و لذا لا تدخل فی بیع الأصل بعد ظهورها.

خلافا لما عن المبسوط من الثبوت فیها و فی الزرع، و هو المحکی عن أبی حنیفه و مالک، و ضعفه واضح.

و لا شفعه فی الأرض المقسومه عندنا إلا ما یحکی عن العمانی منا، و یمکن دعوی أنه مسبوق بالإجماع و ملحوق به، مضافا إلی الأصل و النصوص المستفیضه أو المتواتره المرویه من طریقی العامه(۱)

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۰۲ الی ۱۰۵.

و الخاصه(۱)التی منها ما مر

«لا شفعه إلا لشریک لم تقاسمه».

نعم تثبت الشفعه فی الأرض المقسومه بالاشتراک فی الطریق أو الشرب کبئر و نهر إذا بیع معها بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به بعضهم، بل فی محکی الخلاف الإجماع علیه و إن کان قد اقتصر علی الطریق کالمقنع و المهذب و الوسیله تبعا لما تسمعه من النص(۲)و إلا فأکثر الفتاوی علی عدم الفرق بینه و بین النهر و الساقیه، و فی بعضها التعبیر بالشرب، بل فی آخر التصریح بالبئر، لکن ستسمع الاشکال فیه من الفاضل.

نعم ظاهرهم الاتفاق علی عدم الفرق بین الدار و البستان، و الأصل فی ذلک- مضافا إلی الاستصحاب فی بعض الأفراد و عدم تمامیه القسمه، للاشتراک فی الطریق مثلا-

حسن منصور بن حازم بإبراهیم(۳)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن دار فیها دور و طریقهم واحد فی عرصه فباع بعضهم منزله من رجل هل لشرکائه فی الطریق أن یأخذوا بالشفعه؟

فقال: إن کان باع الدار و حول بابها إلی طریق غیر ذلک فلا شفعه لهم. و إن باع الطریق مع الدار فلهم الشفعه».

و قریب منه ما یحکی عن الفقه المنسوب إلی مولانا الرضا (علیه السلام)(۴).

و ربما أید أیضا ب

حسنه الآخر بالکاهلی(۵)بل وسمه غیر واحد بالصحه، و لعله کذلک «قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): دار بین قوم اقتسموها فأخذ کل واحد منهم قطعه فبناها و ترکوا بینهم ساحه فیها ممرهم، فجاء رجل فاشتری نصیب بعضهم إله ذلک؟ قال: نعم،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب الشفعه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۴- ۴ المستدرک- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۴.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

و لکن یسد بابه و یفتح بابا إلی الطریق، أو ینزل من فوق السطح و یسد بابه، فإن أراد صاحب الطریق بیعه فإنهم أحق به، و إلا فهو طریقه یجی ء حتی یجلس علی ذلک الباب».

و نحوه الموثق(۱).

و لکن لاـ تعرض فیهما لبیع الدار مع الممر کما هو محل البحث، بل ظاهرهما ثبوت الشفعه فی الطریق خاصه، فالدلیل حینئذ منحصر فی الأول الذی ظاهر ترک الاستفصال فیه عدم الفرق بین کون الدار مقسومه بعد أن کانت مشترکه أو منفرده من أصلها، کما صرح به فی التذکره و المسالک و الروضه و الکفایه و الریاض.

بل قیل: إنه ظاهر المقنع و النهایه و المبسوط و الخلاف و المهذب و فقه الراوندی و الغنیه و السرائر و التبصره و المفاتیح.

بل لعله مراد الجمیع و إن فرض الحکم فی الأرض المقسومه مع الاشتراک فی الطریق فی المتن و الوسیله و النافع و القواعد و التحریر فی موضع منه و الإرشاد و المختلف و الدروس و اللمعه کما حکی عن بعضها.

لکن فی جامع المقاصد «أنه الذی یقتضیه صحیح النظر، لأن ضم غیر المشفوع إلی المشفوع لا یوجب ثبوت الشفعه فی غیر المشفوع اتفاقا، و المبیع الذی لا شرکه فیه فی الحال و لا فی الأصل لیس من متعلقات الشفعه، إذ لو بیع وحده لا تثبت (لم تثبت خ ل) فیه شفعه بحال، و إثباتها لا یکون إلا لمحض الجواز، فإذا ضم إلی المشترک وجب أن یکون بحکمه کذلک، و لعموم

قوله (علیه السلام)(۲): «لا شفعه إلا لشریک غیر مقاسم»

و لا شرکه هنا لا فی الحال و لا فی الأصل، و ل

خبر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب الشفعه- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۷.

أبی العباس(۱)«الشفعه لا تکون إلا لشریک»

و فی معناها نصوص البصری(۲)و هارون(۳)و عبد الله بن سنان(۴)و السکونی(۵)و کلها حجه علی عدم ثبوت الشفعه فی الدار الغیر المشترک إذا کان الطریق مشترکا».

و هو کما تری، ضروره کونه کالاجتهاد فی مقابل إطلاق الدلیل المزبور الحاکم علی إطلاق النصوص المزبوره الظاهر فی اعتبار الشرکه فعلا- المعلوم عدم اعتباره فی الفرض، للنص المزبور المعمول به بین الأصحاب و إن خالف إطلاق تلک الأخبار المزبوره.

علی أنه لا فرق بین المقسوم و غیره فی عدم ثبوت الشفعه فیه لولا النص المزبور، و کان مقصوده الاقتصار فیما خالف الأصل و إطلاق الأدله علی المتیقن و هو المقسوم، و فیه أنه لا فرق بینه و بین الظاهر فی الحجیه.

و لعله لذا و نحوه تعجب منه فی المسالک، قال: «و أما معارضه روایتی منصور(۶)الصحیحه و الحسنه بتلک الأخبار

الداله علی اعتبار الشرکه و ترجیح تلک بالکثره و موافقتها للأصل فعجیب، لأن مدلولها علی تقدیر قطع النظر عن سندها اعتبار الشرکه بالفعل کما ذکرناه، و روایتی منصور دلت علی الاکتفاء بالشرکه فی الطریق، فهی خاصه و تلک عامه، فیجمع بینهما بتخصیص العام بما عدا ذلک». و هو فی محله.

و احتمال کونه مع الشرکه فی الأصل أنه لا یحتاج إلی التخصیص باعتبار صدق الشرکه مع عدم القسمه و لو فی الطریق أو الشرب بخلاف ما إذا لم یکن شرکه فی الأصل یدفعه ظهور الأدله فی إداره الشرکه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الشفعه الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من کتاب الشفعه الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۴- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱ و ۲.

فی نفس المشفوع لا فی بعضه، و إلا لکفی حینئذ عن الطریق برأس الجدار و نحوه مما هو معلوم عدمه، فلا محیص حینئذ عن القول بأن سبب ثبوت الشفعه فی الفرض لدلیل خاص غیر سبب الشفعه المعهود الذی هو الاشتراک مع عدم القسمه.

بل ظاهر الصحیح المزبور عدم اعتبار کون الطریق قابلا للقسمه لو بیع مع الدار فی ثبوت الشفعه فیهما و إن اعتبرنا ذلک لو بیع بانفراده کما عرفته سابقا.

و لعل ذلک لما قیل من الاکتفاء بقبول القسمه فی المجموع لا لأبعاضه، أو لأن هذه القابلیه کعدمها، ضروره کون الشی ء مقسوما، فلا مدخل لقابلیته و عدمها، إلا أنه کما تری لا یخلو من غبار، و لکن العمده فی ثبوت الحکم المزبور الصحیح المذکور الذی بإطلاقه یقتضی عدم اعتبار ذلک، و بعد کونه صحیحا و أطلقت الفتوی بمضمونه یتجه الخروج به عن کل ما یقتضی عدمها فی ذلک.

فما عساه یظهر من الدروس من اعتبار ذلک قال: «و لا مع القسمه إلا مع الاشتراک فی الطریق و النهر اللذین یقبلان القسمه علی الخلاف» فی غیر محله و إن کان وجهه الاقتصار علی المتیقن فی تبعیه الدار للطریق الثابته فیه الشفعه.

و فیه ما عرفت من أن الظاهر کالمتیقن فی الحجیه، بل قد عرفت أیضا أن مقتضی إطلاق الحسن المزبور ثبوت الشفعه للاشتراک فی الطریق لا للشفعه فیه، و کأنه قسم آخر مما أثبت الشارع فیه الشفعه.

هذا و فی التذکره «الأقرب عندی أن الطریق إن کان مما یمکن قسمته و الشریک واحد و بیع مع الدار المختصه بالبائع صفقه فللشریک الآخر أخذ الطریق خاصه إن شاء، و إن شاء أخذ الجمیع، و إن لم یمکن

قسمته لم يكن له أخذه خاصه، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك».

و هو و إن كان صريحا فيما ذكرناه من عدم اعتبار قابليته القسمه فى الطريق فى ثبوت الشفعه فى الدار مثلا، لكن قد يناقش بأن المجموع إما أن يكون متعلق الشفعه أو لا، فان كان الأول وجب أن يأخذ الجميع أو يترك، و ليس له تبعيض الصفقه، و إن كان الثانى لم يثبت له شفعه فى غير الطريق و لا فيه إلا إذا كان واسعا قابلا للقسمه.

و ربما أجيب بأن هذا منه، بناء على المشهور المعروف بينهم من أنه ليس للشفيع أخذ البعض و ترك البعض، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك.

و فيه أن ذلك لا يقتضى التفصيل المزبور، مضافا إلى ما قيل من أن هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من عشرين كتابا، و لا دليل عليه يصح الاستناد اليه، و إن كان قد يقال: إنه يكفى فى الدليل أن ذلك هو المتيقن من دليل الشفعه المخالفه للأصل التى مبنى ثبوتها على رفع الضرر، فلا وجه لمشروعيتها معه، فان التبعيض ضرر، خصوصا فى بعض الأفراد، و لا يزال الضرر بالضرر، بل ينبغى الجزم بعدمها فى مثل الفرض إذا فرض عدم طريق للمشترى إلا الطريق المخصوص الذى يريد أن يشفع فيه الشفيع، و قابليته للقسمه غير مجد بعد فرض أخذ الشفيع له أجمع و بقاء الدار بلا طريق.

و لعله لذا جزم الشافعيه بعدم الشفعه هنا فى الطريق و إن كان قابلا للقسمه، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، فإنهم جزموا بالشفعه فى الطريق حينئذ دون الدار، لعدم الشركه فيها، و إن عرفت أنه مخالف لما عندنا من ثبوت الشفعه فيهما.

و من ذلك كله يظهر لك أنه لا فرق فى ثبوت الشفعه بين قابليه

الطريق للقسمه و عدمها، لإطلاق الدليل، و أن الشفيع على كل حال إما أن يأخذ الجميع أو يترك كما سمعته من المشهور، و دعوى ثبوت شفعتين مع سعه الطريق أصليه و تبعيه بخلاف ما إذا لم يكن واسعا فإنه شفعه واحده فى المجموع خاليه عن الدليل، بل ظاهر الأدله خلافها، فتأمل جيدا.

هذا و ربما ظهر مما سمعته من التذكره من وحده الشريك اعتبار ذلك فى صحه الشفعه فى الفرض بناء على عدم ثبوتها فى الكثره، و لعله كذلك و إن تردد فيه بعض المعاصرين، لكنه فى غير محله، لما تسمعه من الأدله فى اعتبار ذلك فى الشفعه من غير فرق بين الفرض و غيره.

و دعوى ظهور سؤال الصحيح المزبور فى التعدد مضافا إلى معروفيه ذلك فى الطرق المرفوعه واضحه الفساد، إذ يمكن أن يكون ترك التعرض للسؤال المزبور للتقيه، كما فى غيره من النصوص الظاهره فى ذلك، أو على المجاز جمعا بينه و بين ما دل على عدمها مع الكثره، و تعارف التعدد فى الطرق المرفوعه لا يقتضى ثبوت الشفعه فيها كما هو واضح.

و احتمال خروج الفرض بخصوصه عن حكم الكثره فى غايه البعد، خصوصا بعد إطلاق الأصحاب من دون إشاره إلى استثنائه كما ستعرف، و الله العالم. هذا كله فى بيع الأرض مع الطريق أو الشرب.

و أما لو أفردت الأرض المقسومه بالبيع لم تثبت الشفعه فى الأرض بلا خلاف و لا إشكال، مضافا إلى الصحيح(۱) و الموثق(۲)المزبورين.

نعم تثبت فى الطريق أو الشرب إن بيعا و كان كل منهما واسعا يمكن قسمته بناء على ما عرفته من اعتبار ذلك

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب الشفعه- الحديث ۳.

فی الشفعه، و إلا ثبتت و إن لم یقبلا کما عرفت البحث فیه سابقا.

بقی شی ء: و هو أن ظاهر المعظم إلحاق الشرب بالطریق فی الحکم المزبور و إن کنا لم نجده فی نصوصنا، بل و لا فی نصوص العامه، فإن کان إجماعا و إلا کان محلا للإشکال، خصوصا بعد ما عرفت من أصاله عدم الشفعه فی غیر الفرض فضلا عنه، و علی الأول ینبغی الاقتصار علی النهر و الساقیه، لأنه المتیقن منه، کما عساه یومئ إلیه تعبیر المصنف به هنا، ثم نفاها بعد ذلک عن المقسوم إلا مع الشرکه فی الطریق و النهر.

کما أنه فی التذکره جعل العنوان النهر و الساقیه ثم قال: «و لو کانت المزرعه مختصه و بئرها التی الزرع منها مشترکه حتی بیعت المزرعه و البئر ففی ثبوت الشفعه فی المزرعه بمجرد الشرکه فی البئر إشکال ینشأ من الاقتصار علی مورد النص فیما یخالف الأصل، و لا شک فی مخالفه الشفعه للأصل، و من أنها مشترکه فی المستقی، و الشافعی ألحق الشرکه فی البئر بالشرکه فی الممر».

قلت: لا یخفی علیک ما فی الوجه الثانی بعد فرض عدم الدلیل علیه، بل مطلق الشرب إن لم یکن إجماعا، و لم نتحققه، خصوصا بعد ما سمعته من الاقتصار علی الطریق فی الکتب السابقه.

و من ذلک یعلم عدم ثبوتها فی الدار بالشرکه فی أس الجدار و نحوه للأصل المعتضد بظاهر النص و الفتوی و إن ثبتت فیه نفسه.

بل لا یخفی علیک أن المتجه بملاحظه ما ذکرنا من أصاله عدم الشفعه و خصوصا فی صوره الاشتراک فی الطریق الحکم بعدمها فی محال الشک حتی لو فرض حصوله ببیع بعض الدار مثلا و بعض الطریق و نحوه من الصور لم یحکم بها، باعتبار کون المنساق من النص بیع الدار مع تمام

ممرها. اللهم إلا أن يفرض القطع بعدم مدخليه ذلک أو الظن على وجه معتد به.

و من ذلک أيضا الشرکه فی الطريق أو النهر مع کون الدار وقفا و الأخرى طلقا على البحث الذى تسمعه فيما يأتى إنشاء الله، و الله العالم.

و لو باع عرصه مقسومه مثلا و شقصا من أخرى غير مقسومه صفقه فالشفعه فى الشقص خاصه بحصته من الثمن و هکذا الحکم فى کل بيع مشفوع و غيره صفقه بلا خلاف و لا إشکال، بل حکى الإجماع عليه صريحا و ظاهرا، لوجود المقتضى فيه على وجه يندرج فى إطلاق الأدله دون غيره، و اتحاد الصفقه لا يخرج کلا منهما عن حکمه.

بل لا خيار للمشترى کما صرح به المصنف و غيره فيما يأتى، لإقدامه على البعض لو صار، و لأنه حدث سبب التبعيض فى ملکه.

بل مقتضى التعليل الثانى الذى ذکره المصنف و غيره فيما يأتى عدم الفرق فى ذلک بين الجاهل و العالم.

فما فى بعض الکتب من ثبوت الخيار مع الجهل اشتباه، منشأه تخيل کون المقام من أفراد خيار تبعيض الصفقه المشروط بالجهل، لکن ستسمع فيما يأتى عن الأردبيلى احتمال ثبوته مع الجهل قائلا: إنه أشار إليه المحشى.

و لا فرق بين کون غير المشفوع من مصالح المشفوع کبقر الضيعه و عدمه، خلافا لمالک.

و المراد بنسبه قيمته من الثمن أن يقوم المجموع ثم يقوم المشفوع فينسب قيمته إلى مجموع القيمتين، فيأخذ من الثمن بتلک النسبه، فإذا قيل قيمه المجموع مثلا ماءه و قيمه المشفوع خمسون أخذه الشفيع بنصف الثمن، و هکذا. و الله العالم.

و کیف کان فلا خلاف معتد به فی أنه یشترط فی ثبوت الشـفعه انتقال الشقص بالبیع، فلو جعله صداقا أو صدقه أو هبه أو صلحا فلاـ شـفعه بـل حکی الإجماع علیه جماعه، و لعله کـذلک، لأن خلاف ابن الجنیـد فی ذلک حیث أثبتها فی الهبه بعوض و غیره غیر قادح فی محصل الإجماع فضلا عن محکیه، و فی محکی المبسوط إجماع الفرقه و أخبارها علی عدم الشفعه فی الصداق.

و یدل علیه- مضافا الی ذلک و إلی الأصل المزبور- مفهوم

قول الصادق (علیه السلام) فی حسن الغنوی(۱)السابق: «الشفعه فی البیوع».

بل و

قوله (علیه السلام) فی مرسل یونس(۲): «الشـفعه جائزه فی کل شی ء. إذا کان الشی ء بین شریکین فباع أحدهما نصیبه فشریکه أحق به من غیره».

بل و غیر ذلک من النصوص الظاهر فی القیدیه التی هی أقوی من غیرها دلاله.

و احتمال ورود هـذه المفاهیم مورد الغالب فی بعض و السؤال فی آخر فلم تبلغ درجه الحجیه یـدفعه أنه واضح المنع، خصوصـا بعد ملاحظه الانجبار بما عرفت.

و إلی خصوص

صحیح أبی بصیر(۳)عنه (علیه السـلام) أیضـا فی خصوص الصـداق «سألته عن رجل تزوج امرأه علی بیت فی دار و له فی تلک الدار شرکاء، قال: جائز له و لها، و لا شفعه لأحد من الشرکاء علیها»

بناء علی ظهور نفیها من حیث کونه صداقا لا من حیث تعدد الشرکاء و لو بملاحظه الانجبار.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

و من الغريب بعد ذلك ما في المسالك و بعض أتباعها من أنه «لا دليل صريح للمشهور، و إنما تضمنت الروايات ذكر البيع، و هو لا ينافي ثبوتها بغيره، و من ثم خالف ابن الجنيد، فأثبتها بمطلق النقل حتى بالهبه بعوض و غيره، لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضي التخصيص، و لاشتراك الجميع في الحكمه الباعثه على إثبات الشفعه، و هو دفع الضرر عن الشريك، و لو خصها بعقود المعاوضات كما يقوله العامه كان أقعد، لأن أخذ الشفيع للموهوب بغير عوض بعيد، و به خارج عن مقتضى الأخذ» إلى آخره.

إذ هو كما ترى- بعد الإغضاء عما فيه من عدم صحه النقل المزبور عن ابن الجنيد- يمكن منع الاشتراك في وجه الحكمه، و على تقديره لا يعارض ما سمعته من الأدله، كإطلاق ما دل على ثبوتها بعد تسليمه على وجه يشمل الفرض، لاحتمال كونه مساقا لغير ذلك، و الله العالم.

و لو كانت الدار بعضها وقفا و بعضها طلقا فبيع الطلق لم يكن للموقوف عليه شفعه و لو كان واحدا كما في النافع و الدروس و الرياض و محكي المبسوط، بل في الأخير نفي الخلاف فيه، و في سابقه عن الحلي نسبته إلى الأكثر، و لعله الأقوى لأنه ليس مالكا للرقبه على الخصوص و إن كان واحدا حال بيع الشريك، ضروره قصد الواقف تمليك الموقوف عليهم في سائر الطبقات، و لذا يتلقون منه لا من الموقوف عليه الأول، و خصوصا إذا كان الواحد المزبور من أفراد غير المنحصر ابتداء إلا أنه اتفق الانحصار فيه، كما لو كان الوقف على بني زيد فاتفق انحصار ذلك في واحد، فان التمليك للجنس حينئذ.

و على كل حال فلا ريب في الشك في الاندراج في إطلاق أدله الشفعه التي قد عرفت أنها على خلاف الأصل إن لم يكن الأظهر عدم الاندراج، خصوصا مع ملاحظه القيديه في مرسل يونس التي منها ظهور

كون الشركه بينهما على وجه يكون لكل منهما بيع نصيبه.

و قـال المرتضـى فى الانتصـار مـا حاصـله أنها تثبت الشـفعه للموقوف عليه مطلقا، قال ما نصه: «مما انفردت الإماميه به القول بأن لإمام المسـلمين و خلفائه المطالبه بشـفعه الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين أو على المساجد أو على مصالح المسلمين، و كـذلك كـل نـاظر بحق فى وقف من وصـى و ولى» و ادعى على ذلـك كله الإجماع، و قال أيضا: «إنه من متفرداتنا، و إن باقى الفقهاء يخالفون».

ثم قال: «و يمكن أن يقال للمخالف على سبيل المعارضه له:

الشـفعه إنما وجبت لدفع الضـرر، فأولى الأشياء بأن يدفع عنها الضرر حقوق الفقراء و وجوه القربات، فان قالوا: الوقوف لا مالك لها فيدفع الضرر عنه بالمطالبه بشفعته قلنا: إذا سلم أنه لا مالك لها فهاهنا منتفع بها و مستضر يعود إلى المشاركه فيها، و هم أهل الوقوف، و مصالح المسلمين إنما يجب دفع الضرر عنها مثل ما يجب من دفع الضرر على الآدميين».

و فيه لا ـ يخفى بناء على انتقال الموقوف فى مثل ذلك إلى الله تعالى شأنه، ضـروره عـدم انـدراجه حينئـذ فى أدله الشـفعه، بل و على القول بكونه ملكا للمسلمين، بناء على عدم ثبوت الشفعه مع الكثره الذى قد اعترف هو به فى الكتاب المزبور، بل قد عرفت الشك فى الاندراج فى إطلاق الشـفعه مع الاتحاد ابتداء فضلا عن غيره، و لعله لذا لم يثبتها العامه و إن قالوا بها مع الكثره. و من هنا جزم غيره بخلاف ما ذكره.

و منه يعلم ما فى دعوى إجماعه المزبور الذى لم نجد من وافقه عليه لا قبله و لا من تأخر عنه، عدا ما يحكى عن التقى تلميذه، و لم نتحققه.

لما قيل من أنه لم نجده فى الكافى، بل عن السرائر أن الأكثرين على

خلافه، بل قد سمعت ما عن الشيخ من نفى الخلاف عن ذلك، بل قيل إن ظاهره نفيه بين المسلمين.

نعم فى الدروس و غيرها أن المتأخرين على ثبوتها مع كون الموقوف عليه واحدا، لأنه مالك حينئذ على المشهور، بل لم يعرف فيه خلاف، فيندرج فى إطلاق الأدله، و لا مانع إلا كونه محجورا عليه فى التصرف، و ذلك لا ينافى كونه مالكا مقاسما، و لذلك ثبت لغيره ممن هو محجور عليه فى التصرف، كما لا ينافيه الانتشار بعد ذلك، كانتشار المملوك بالبيع و الموت و نحوهما، مضافا إلى الاشتراك فى الحكمه أو العله.

إلا أن ذلك كله كما ترى لا ينافى انسياق غيره من الأدله، بل قد يشك فى ثبوتها لذى الطلق لو فرض بيع الوقف على وجه يصح و إن قال فى المسالك: «لا إشكال فى ثبوتها حينئذ، لوجود المقتضى و انتفاء المانع» ضروره إمكان منع وجود المقتضى عليه بعد انسياق غير ذلك من الأدله، و خصوصا فى الوقف العام أو الخاص مع تعدد الشركاء.

و كأنه تبع فى ذلك ما فى جامع المقاصد و محكى التحرير من التصريح بالجواز، بل فى الدروس القطع بذلك، و لم يذكر أحد منهم التقييد بالواحد، بل ظاهر المسالك و جامع المقاصد ثبوتها على كل حال، و فيه منع واضح، و الله العالم.

[المقصد الثانی فی الشفیع]

اشاره

المقصد الثانی فی الشفیع و هو مع قیوده المتفق علیها إلا من نادر کل شریک و لو فی الطریق أو النهر بحصه مشاعه علی جهه الطلق قادر علی الثمن فعلا أو قوه دافع له غیر مماطل و لا هازل.

و مع ذلک یشترط فیه الإسلام إذا کان المشتری مسلما و أما قابلیه القسمه و الاتحاد فلا اتفاق علیهما، أما الأول فلما عرفت، و أما الثانی فستعرف الکلام فیه.

و حینئذ فلا یثبت الشفعه بالجوار عندنا، و فی المسالک أنه مذهب الأصحاب إلا العمانی، بل فی المفاتیح لا خلاف فیه منا، فلم یعده مخالفا، و لعله لشذوذه کما فی الدروس، بل عن الخلاف و الغنیه و السرائر الإجماع علیه. و هو کذلک، بل یمکن دعوی القطع به أیضا من النصوص(۱)المتفقه علی اعتبار الشرکه فی الشفعه و لو فی الطریق.

و یمکن حمل کلامه علی خصوص ذلک، فإن المحکی عنه أنه

قال:

«لا شفعه لجار مع الخلیط»

و هو بمفهومه یقتضی ثبوتها للجار فی الجمله فیمکن إرادته ما ذکرنا، لا مطلق الجوار المحکی عن أبی حنیفه و جماعه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳ و ۴- من کتاب الشفعه.

من العامه،

للنبوی المروی فی طرقهم(۱)«أن الجار أحق بالشفعه»

أو «بشفعته» الذی أجیب عنه باحتمال کون الإضمار فیه أنه أحق بالعرض علیه لا الأخذ بالشفعه.

و إن کان هو کما تری یمکن إراده الشریک من الجار فیه، خصوصا بعد ملاحظه معارضته لغیره، و خصوصا بعد ما رووه عن

عمر بن الثرید عن أبیه(۲)قال: «بعت حقا من أرض لی فیها شریک، فقال شریکی:

أنا أحق بها، فرفع ذلک إلی النبی (صلی الله علیه و آله) فقال: الجار أحق بشفعته» أو «بالشفعه»

و خصوصا بعد التوسعه فی إطلاق الجار علی الزوجه باعتبار الاشتراک فی العقد و إن بعدت عنه فی المکان.

بل لا شفعه فیما قسم و میز إلا مع الشرکه فی طریقه أو نهره علی الوجه الذی عرفته سابقا، بلا خلاف أجده إلا منه أیضا؛ کما اعترف به غیر واحد، بل لعل ما سمعته من الإجماع علی نفیها بالجوار یدل علیه، بل

لا ریبفی لحوقه بالإجماع إن لم یکن قد سبقه أیضا.

بل لعله کذلک خصوصا بعد ملاحظه المقطوع به من النصوص إن لم یکن المتواتر فی اعتبار الشرکه و عدم القسمه فی الشفعه من

قولهم (علیهم السلام): «لا تکون الشفعه إلا لشریکین ما لم یتقاسما»(۳)

و «لا شفعه إلا لشریک غیر مقاسم»(۴).

و «الشفعه لا تکون إلا لشریک»(۵).

و «الشفعه لکل شریک لم یقاسمه»(۶).

و «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعه»(۷).

و «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعه»(۸)

و غیر ذلک، و الله العالم.

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۰۶. و كنز العمال- ج ۴ ص ۲- الرقم ۱۴ و ۱۷.

۲- ۲ ذكر ذيله فى سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۰۵ عن عمرو بن الشريد عن أبيه. و فيه « الجار أحق بسقبه».

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الشفعه- الحديث ۳.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الشفعه- الحديث ۴.

۸- ۸ الوسائل- الباب- ۳- من كتاب الشفعه- الحديث ۵.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال بين العامه و الخاصه نصا و فتوى في أنها تثبت بين شريكين.

و لكن الكلام في أنها هل تثبت لما زاد عن شفيع واحد؟ ففي المتن فيه أقوال: أحدها: نعم تثبت مطلقا على عدد الرؤوس. و الثاني: تثبت في الأرض مع الكثره، و لا تثبت في العبد إلا للواحد. و الثالث: لا تثبت في شي ء مع الزياده على الواحد.

و هو أظهر و أشهر، بل المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا بل هي كذلك كما ستعرف.

بل لم نعرف القول الأول لأحد منا، إذ المحكي عن ابن الجنيد في الانتصار أنه يوجب الشفعه في العقار فيما زاد على اثنين، و إنما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصه، نعم في المختلف بعد أن حكى عن الصدوق التفصيل المزبور قال: «و كذا اختار ابن الجنيد ثبوت الشفعه مع الكثره، و يمكن أن يريد التفصيل أيضا، فلا يكون حينئذ قائل منا بالقول المزبور و على تقديره فهو أبو على خاصه».

و أما الثاني فلا أجد قائلا به أيضا، إذ الصدوق قد استثنى الحيوان فإنه بعد أن ذكر

خبر طلحه بن زيد(۱)عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على (عليهم السلام) «الشفعه على عدد الرجال»

قال: «و سئل الصادق (عليه السلام) عن الشفعه لمن هي؟ و في أي شي ء؟ و هل تكون في الحيوان شفعه؟ و كيف هي؟ قال: الشفعه واجبه في كل شي ء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشي ء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره، فان زاد على اثنين

۱- ۱ أشار إليه في الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۵ و ذكره في الفقيه ج ۳ ص ۴۵- الرقم ۱۵۶.

فلا شفعه لأحد منهم(۱)

- ثم قال-: قال مصنف هذا الكتاب: يعنى بذلک الشفعه فى الحيوان وحده، فأما فى غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء و إن كانوا أكثر من اثنين، و تصديق ذلک ما رواه

أحمد بن محمد ابن أبى نصر عن عبد الله بن سنان(۲) قال: سألته عن مملوک بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه، فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطنى، قال هو أحق به- ثم قال-: قال (عليه السلام): لا شفعه فى حيوان إلا أن يكون الشريک فيه واحدا»

و هو كالصريح فيما حكيناه عنه، فلم يكن حينئذ قائل منا بالقول المزبور أيضا.

فمن الغريب ما عن صاحب الكفايه من اختيار القول المزبور، و أغرب منه ما سمعته من الصدوق الذى حمل مرسل يونس(۳)المزبور المشتمل صريحا على الحيوان و غيره على ما عدا الحيوان.

و أغرب من ذلک استشهاده على ما تخيله أنه جمع بين النصوص بالصحيح المزبور، و لعله لذا وافق فى المقنع المشهور، كالمحكى عن أبيه فى رسالته و فى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا (عليه السلام) بناء على أنه له.

و حينئذ فيكون القول الثالث خيره الصدوقين و الشيخين و علم الهدى و سلار و أبى الصلاح و بنى حمزه و البراج و زهره و إدريس و الراوندى و الطبرسى و الكيدرى و الفاضلين و الشهيدين و الكركى و الأردبيلى و غيرهم على ما حكى عن بعضهم.

بل فى الانتصار و محكى الغنيه و السرائر و التنقيح الإجماع عليه، بل فى الأول منها و محكى الخلاف و المبسوط أنه من متفرداتنا، و أنه لم يوافقنا

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۷.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

علیه أحد، بل فی الانتصار أیضا أن الإجماع سبق ابن الجنید، فلا اعتبار بخلافه.

و یـدل علیه- مضافا إلی ذلک و إلی الأصل و مرسل یونس(۱)و نصوص(۲)المملوک و الحیوان و لو علی القول بثبوت الشـفعه فیهما و ما عن الفقه المنسوب إلی الرضا (علیه السلام)-

صحیح عبد الله بن سنان(۳)«لا تکون الشفعه إلا لشریکین ما لم یتقاسما، فإذا صاروا ثلاثه فلیس لواحد منهم شفعه».

و لا معارض لذلک إلا خبرا السکونی(۴)و

طلحه بن زید(۵)«الشفعه علی عدد الرجال» و «علی الرجال»

و همـا- مع الطعن فی سـندیهما و موافقتهمـا لإطبـاق العـامه- محتملاـن لما فی الانتصار من إراده وجوبها بالشـرکه، سواء زادت السهام أو نقصت، بعد حمل لفظ

«الرجال» و «الشـرکاء»- إن لم نقل بکون الجمع حقیقه فی الاثنین فصاعـدا، أو بإراده المجاز منه، نحو قوله تعالی(۶)«فَإِنْ کانَ لَهُ إِخْوَهٌ»- علی إراده الشرکه فی الأملاک الکثیره، لا فی الملک الواحد.

ثم قال: «و أما الخبر الـذی وجد فی روایات أصـحابنا أنه إذا سـمح بعض بحقوقهم من الشـفعه فإن من لم یسـمح بحقه علی قدر حقه فیمکن أن یکون تأویله أن الوارث لحق الشـفعه إذا کانوا جماعه- فان الشـفعه عندنا تورث- متی سمح بعضهم بحقه کانت المطالبه لمن لم یسمح، و هذا لا یدل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه الحدیث ۵.

۵- ۵ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۵ و ذکره فی الفقیه ج ۳ ص ۴۵- الرقم ۱۵۶.

۶- ۶ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۱.

على أن الشفعه فى الأصل لأكثر من شريكين».

و إلا ما يوهمه خبرا منصور بن حازم(۱)المتقدمان المحمولان أيضا على التقيه أو غيرها مما عرفت ك

خبر عقبه بن خالد(۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بالشفعه بين الشركاء».

و من الغريب بعد ذلك كله مافى المسالك و بعض أتباعها من الوسوسه فى الحكم المزبور، فإنه بعد أن ذكر فى الأولى النصوص للطرفين و أنه يمكن أن يقال: إنه مع تعارض الروايات الصحيحه تتساقط و يرجع إلى حكم الأصل قال: «و فيه نظر، لمنع التعارض، لأن هذه الروايات أكثر و أوضح دلاله، لأن روايه ابن سنان(۳)التى هى عمده الباب لا صراحه فيها، حيث إنه أثبت الشفعه للشريكين باللام المفيده للاستحقاق أو ما فى معناه، و المطلوب لا يتم إلا إذا أريد ثبوتها بين الشريكين لا لهما، و لا ينافيه قوله: و لا تثبت لثلاثه، إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين و الثلاثه، و لجواز إراده عدم استحقاق كل واحد من الثلاثه بخصوصه دون الآخر، و هذا و إن كان خلاف الظاهر إلا أن فيه طريقا للجمع مع أن روايه منصور(۴)أصح طريقا، و مقيده لروايه (و مؤيده بروايه خ ل) ابن سنان الآتيه(۵)».

و هو من غرائب الكلام، و كأن الذى أوقعه فى ذلك ما فى مختلف الفاضل، فإنه بعد أن ذكر المسأله بتمامها قال: «و قول هؤلاء لا يخلو من قوه لصحه حديث منصور بن حازم(۶)و ادعاء ابن إدريس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب الشفعه- الحديث ۱ و ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۴- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

الإجماع على سقوطها مع الكثره خطأ».

و لا يخفى عليک ما فيه، خصوصا حكمه بخطإ الإجماع المزبور الذى هو مع شهاده التتبع له قد سبقه إليه من تقدمه و وافقه عليه من تأخر عنه، و صحيحه منصور لم يذكر فيها حكم الكثره و إنما فيها ثبوت الشفعه مع اللفظ الموهم لها، فكيف تصلح معارضه لما ذكر فيه الحكم صريحا، و لعله لذا جزم فى الروضه بموافقه المشهور، و هو فيها أفقه منه فى المسالک كما لا يخفى على من لاحظهما.

ثم إن المنساق من الأدله و الفتاوى عدم الشفعه مع الكثره السابقه على عقد البيع، كما لو كان الشى ء مشتركا بين ثلاثه فيبيع أحدهم نصيبه.

أما إذا كانت لاحقه كما لو كان الشى ء مشتركا بين اثنين فباع أحدهما نصيبه على اثنين دفعه أو ترتيبا ثم على الشريک بذلک فالظاهر ثبوتها كما عن الشهيد فى حواشيه.

و فى الدروس «لو باع أحد الشريكين بعض نصيبه من رجل ثم باع الباقى من آخر فعلى المشهور للشريک الأخذ منهما أو يترک، و على الكثره له أخذ نصيب الأول و الثانى، و فى مشاركه الأول له أوجه: المشاركه لأنه كان شريكا عند العقد، و عدمها لأن ملكه مستحق للشفعه، و التفصيل إن عفى عنه شارک، لقرار ملكه، و يشكل بأن القرار إنما حصل بعد استحقاق الشريک الشفعه، فلا يكون مقاوما للقار أولا، و يضعف بأن حقيقه الملک سابقه» و كلامه الأول صريح فى ثبوتها على القول بالاتحاد.

بل ظاهر الفاضل فى القواعد المفروغيه من ذلک، قال فيها فى التفريع على القول بالكثره: «و لو باع الشريک نصف الشقص لرجل ثم الباقى لآخر ثم علم الشفيع فله أخذ الأول و الثانى و أحدهما، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثانى، و إن أخذ الثانى احتمل مشاركه الأول، و على ما

اخترناه من سقوط الشفعه مع الكثره للشفيع أخذ الجميع و تركه».

و كأنه لما ذكرناه من اندراج الفرض فى إطلاق الأدله، ضروره صدق اتحاد الشريک، بل لو كان مثله مسقطا للشفعه لما أغفلوه، إذ ليس هو من النادر.

بل لعل الاتحاد المزبور هو وجه تخييره بين أخذ الجميع و تركه، ضروره كونه كالشفعه الواحده التى لا تتبعض، و بيع الشريک من شخصين و لو على التعاقب لا يرفع ظهور الأدله فى عدم التبعيض المزبور.

و المراد توجيه كلامه بما ذكرناه، و إلا فللمانع أن يمنع التبعيض فى الفرض باعتبار تعدد البيع المقتضى لتعدد الاستحقاق، كما يظهر لک فيما لو فرض علم الشريک ببيع بعض نصيبه من المشترى الأول فشفع فيه، ثم بعد ذلک باع شريکه ما بقى من نصيبه لآخر مثلا، فان لشريکه عدم الشفعه، و لا يكون ذلک تبعيضا.

و احتمال الفرق بين ذلک و بين محل البحث لصدق التبعيض فيه دون الفرض المزبور لا منشأ له على وجه يرجع إلى محصل بعد فرض ثبوت الاستحقاق للشريک بالبيع الأول، سواء حصل الثانى أو لم يحصل، فهما حينئذ سببان لا مدخليه لأحدهما فى الآخر.

و احتمال عدم ثبوت الشفعه إلا مع بيع تمام النصيب و لو من اثنين فلا يتحقق شفعه ببيع بعض النصيب خاصه لا أظن أحدا يلتزمه، فتأمل جيدا، فإن الأمر لا يخلو من خفاء، و إن كان القول بأن له أخذ الجميع و البعض و ليس هو من التبعيض- خلاف ما سمعته من الفاضل- لا يخلو من قوه.

و لكن على كل حال من التأمل فيما ذكرنا يظهر النظر فيما فى جامع المقاصد، حيث إنه وجه كلام الفاضل بأنه «إذا أخذ الجميع لم تتكثر

الشفعاء، فلم يتحقق المنافى، بخلاف ما إذا أخذ البعض».

إذ لا يخفى عليك ما فيه كما اعترف هو به من أنه إنما يجى ء هـذا المحذور لو أخذ من الثانى، أما إذا أخذ من الأول خاصه فلا يتكثر الشفعاء حينئذ لعدم شفعه للثانى.

بل قـد يقال: إنه لو أخذ الجميع فللأول الشـفعه فى نصـيب الثانى على الاحتمال الذى ذكر، لأنه كان شـريكا و مسـتحقا فى وقت البيع للثانى فلا يزول استحقاقه بأخذ ملكه، فلا يتم ما ذكره.

و أيضا فإنه فى وقت البيع الثانى كان المشترى الأول مالكا قطعا، فان اسـتحق الشـفعه بملكه ثبت مع تعدد الشـركاء و الشـفعاء، و إن لم يستحق مع كونه شريكا تخلف الأثر.

نعم على القول بأن كون ملكه مشـفوعا ينافى اسـتحقاقه لا إشـكال، كما أنه لا إشكال فى الأول أيضا بناء على اعتبار بقاء الملك للشفيع فى الشفعه، فمع فرض أخذ الشريك الأول الجميع لم تكن شفعه للمشترى الأول لانتقال ملكه عنه.

بل لعل صـحيح النظر يقتضـى عدم الشـفعه له أصـلا، لوجود المانع بالنسبه إليه، و هو الكثره، بخلاف الأول الصادق عليه الاتحاد بملاحظه شركته مع البائع التى بها اندرج فى إطلاق الأدله، بخلاف المشترى الأول الذى تحقق معه كثره الشركاء بشركه البائع و شريكه الأول.

و أما المناقشه فى أصل ثبوت الشفعه للشريك الأول- بأن

قوله (عليه السلام) فى صحيح عبد الله بن سنان[1]السابق: «فإذا صاروا ثلاثه فليس لواحد منهم شفعه»

يقتضى منع الكثره اللاحقه كالسابقه- فيدفعها ظهور إراده معنى الكون من الصيروره فى المقام و لو بملاحظه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

غيره من النصوص إن لم يكن ذلك هو المنساق، فتأمل جيدا. و ربما يأتى إنشاء الله تعالى لذلك تتمه.

و كيف كان فالمتجه على القول بثبوت الشفعه مع الكثره أن تكون على الرؤوس لا

السهام، كما عن الصدوق، لما سمعته من خبرى طلحه(۱)و السكونى(۲)و لأن سبب الاستحقاق الشركه فى الجمله و لو بأقل جزء و لـذا لو انفرد ذو الحصه القليله أخذ الكل كذى الحصه الكثيره، و ليس ذلك إلا من جهه كون السـبب الشـركه، و الأصل عدم التفاضل.

و لا ينافى ذلك التوزيع فى تعلق الديون على قدرها دون الرؤوس بعد اختصاصه بالدليل الكاشف عن كون التعلق من جهتها، لا أصل الدينيه المشتركه بين القليل و الكثير، بخلاف المقام.

خلافا للمحكى عن أبى على فجعلها على قدر السهام، و لكن قال:

«و يجوز قسمتها على عدد الرؤوس» و مقتضاه التخيير.

و احتجوا له بأن المقتضى للشفعه الشركه، و المعلول يتزايد بتزايد علته و ينقص بنقصها إذا كانت قابله للقوه و الضعف.

و فيه (أولا) أنه لا يقتضى التخيير، و (ثانيا) منع التزايد إذا لم يظهر من الأدله، إذ لعل أصل الشركه هى العله، من غير فرق بين قله النصيب و كثرته، و من هنا كان القول الأول أصح كما اعترف به غير واحد، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف كما عن غير واحـد الاعتراف به فى أنه تبطل الشـفعه بعجز الشـفيع عن دفع الثمن مع عدم رضا المشترى بالصبر، و أنه لا يكفى بذل الضامن و الرهن و العوض، بل ربما كان ظاهر المسالك فى أول تعريف الشفيع أو صريحها الاتفاق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۵.

على اعتبار القـدره عليه فيه الـذى لا ريب فى منافاه العجز لها، و فى مجمع البرهان «دليل اشتراط القدره فى الشـفعه على الثمن و لو بالقرض و بيع شى ء و سقوطها مع العجز يمكن أن يكون إجماعا».

قلت: و قد يدل عليه فى الجمله- مضافا إلى ذلك و إلى الأصل- فحوى

حسن على بن مهزيار(۱)«سألت أبا جعفر الثانى (عليه السلام) عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصـنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أ يبيعها أو ينتظر مجى ء شريكه صاحب الشفعه؟ قال: إن كان معه فى المصر فلينتظر به إلى ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال، و إلا فليبع و بطلت شفعته فى الأرض، و إن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر

الرجل إلى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلاثه أيام، فإن وفاه و إلا فلا شفعه له».

و إن قيل: هو ظاهر فى الشفعه قبل البيع، لأن المراد بصاحب الأرض الشريك الأصلى الذى هو البائع إلا أن الأصحاب قاسوا حال المشترى عليه، لكن قد يمنع ظهوره فى ذلك كما عساه يشهد له قوله:

«طلب شفعه أرض» فإن الشفعه حقيقه لغه و عرفا: الاستحقاق بعد البيع، بل قيل: المراد حينئذ بالطلب الأخذ بها، بل لعل البطلان أيضا ظاهر فى ذلك، و حينئذ يكون المراد بصاحب الأرض المشترى.

بل لو قلنا بإراده المعنى الحقيقى من الطلب فيه لا الأخذ كان المراد أنه أرادها و مضى ليحضر الثمن ليحصل استحقاق الأخذ بها أو التملك على حسب ما سمعته فى اعتبار سبق دفع الثمن كان أيضا دالا على المطلوب، فتأمل جيدا.

بل فى الرياض «هذا مع احتمال أن يكون الإلحاق على تقدير

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

صحه ما ذکره من باب تنقیح المناط القطعی لا القیاس الخفی» و إن کان فیه منع العمل بالأصل حتی یتجه التنقیح المزبور، ضروره عدم قائل بسقوط الشفعه بانتظار البائع الثلاثه بل إطلاق الأدله مناف لذلک.

و علی کل حال ففی جامع المقاصد و المسالک «یتحقق العجز باعترافه، و فی تحققه بإعساره وجهان» و فی الأخیر منهما «أجودهما العدم، لإمکان تحصیله بقرض و نحوه» و فیهما معا «ینتظر به ثلاثه أیام کمدعی غیبته».

و لعل ذلک منهما بناء علی عدم اختصاص التحدید المزبور فی الحسن المذکور بغیبه الثمن مع وجوده، بل هو للأعم من ذلک و من تحصیله، فان المراد من قوله: «لم ینض» لم یحصل و لم یتیسر و یتنجز.

بل فی المسالک فی شرح قول المصنف و کذا تبطل بالمماطله «و المراد بالمماطل القادر علی الأداء و لا یؤدی، و لا یشترط فیه مضی الثلاثه، لأنها محدوده للعاجز، و لا عجز هنا، و یحتمل إلحاقه به، لظاهر

روایه ابن مهزیار(۱)عن الجواد (علیه السلام) بانتظاره ثلاثه أیام حیث لم ینض الثمن».

و کأنه أخذه مما فی جامع المقاصد، فإنه بعد تفسیر المماطل بما عرفت قال: «و هل یتحقق کونه مماطلا قبل الثلاثه؟ ظاهر إطلاقهم یقتضی ذلک، و لإشعار

روایه ابن مهزیار(۲)عن الجواد (علیه السلام) بانتظاره ثلاثه أیام حیث لم ینض الثمن».

و لکن لیس فیه أن الثلاثه تحدید للعاجز کما سمعته من المسالک، بل لم أعرفه لغیره، بل ظاهرهم الاتفاق علی عدمه، و أنه لا شفعه له مع فرض عجزه المتحقق باعترافه أو بالقرائن أو بغیر ذلک حال البیع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

و إن تحدد له القدره بعد ذلك بيسير، بل ظاهرهم سقوطها بتحقق المماطله كذلك.

بل و كذا لو هرب الذى ذكر فيه فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما «أنه إن كان قبل الأخذ بالشفعه فلا شفعه له، و إن كان بعده فللمشترى الفسخ» و لا يتوقف على الحاكم كما حكاه فى الثانى منهما عن التحرير،

لعموم «لا ضرر و لا ضرار»(۱)

و لأن الأخذ لما كان مبنيا على القهر لم يلزم المشترى حكمه، بخلاف ما إذا هرب المشترى عن أداء ثمن المبيع.

نعم فى مجمع البرهان بعد أن ذكر دليل البطلان بالعجز قال: «و كذا دليل البطلان بالمماطله مع الوجدان، فإنه كالعجز بل أقبح، و كذا الهرب بعد البيع لئلا يعطى الثمن معها، و لكن ينبغى أن يكون المراد بالمماطله و العجز إلى وقت يضر بحال المشترى أو البائع عرفا الصبر إليه و لو كان قليلا، و يؤيده جواز الصبر ثلاثه أيام مع دعوى غيبه الثمن و صبر الثلاثه أيام بعد مده الرواح إلى بلد الثمن و مجيئه».

و لكن فيه أيضا أنه مناف لظاهر الأصحاب، فإنهم اعتبروا فى الشفيع القدره على الثمن، و فرعوا على ذلك أنه لا شفعه للعاجز و لا للمماطل و لا للهارب و إن كان هو على ضرب من التجوز فى الأخيرين، ضروره صدق القدره عليهما، ثم ذكروا مسأله التأجيل لمدعى غيبه الثمن، و ظاهرهم أنه متى تحقق العجز حال البيع لا شفعه، و كذا متى تحقق المطل و الهرب المنافى للفوريه مع فرض حصوله قبل الأخذ بها بعد تحقق سببها.

نعم لولا الأصل السابق قد يناقش فى الشرط المزبور على الوجه المذكور إن لم يكن إجماعا بأنه لا دليل عليه بحيث يعارض إطلاق ما دل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من كتاب إحياء الموات.

على ثبوتها ببيع الشريک نصيبه، نعم فحوى الحسن المزبور يقتضى التأجيل ثلاثه أيام مطلقا، فان لم يكن ثم إجماع اتجه جعلها غايه للجميع.

بل ظاهرهم عدم التقييد بالضرر فى ثلاثه المصر و إنما قيدوه به لو ادعى غيبته فى بلد آخر الذى هو مضمون الحسن السابق.

قال المصنف و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيام، فان لم يحضره بطلت شفعته، فان ذكر أن المال فى بلد آخر أجل بمقدار وصوله إليه و زياده ثلاثه أيام ما لم يتضرر المشترى و نحوه غيره، بل لا أجد خلافا بينهم فى ذلک، بل عن الغنيه بعد أن ذكر التأجيل المزبور على الوجه المذكور قال: «هذا إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر، فإن أدى إلى ذلک بطلت شفعته بدليل إجماع الطائفه».

نعم فى مجمع البرهان بعد أن ذكر أن وجه ذلک نفيه عقلا و نقلا قال: «لكنه غير ظاهر، لأنا نجد وقوعه فى الشرع كثيرا، فليس له ضابط واضح، خصوصا مع وجود النص»(۱).

قلت: لا ريب فى رجحان العمل بدليله مع فرض تحققه بالإحاله على بلد بعيد مثلا بعد الاعتضاد بما عرفت و أصاله عدم

الشفعه التى كان الضرر منشأ مشروعيتها و إن كان التعارض بينهما من وجه، و الأمر فى ذلک سهل.

ثم إن ظاهر الخبر المزبور أن ابتداء الثلاثه من حين شفعته لا من حين البيع، و الظاهر صدقها مع التلفيق لو وقعت خلال اليوم، كما صرح به فى جامع المقاصد و المسالک.

و فى الأول منهما «و هل تعتبر الليالى بحيث تلفق ثلاثه أيام و ثلاث ليال؟ لا تصريح بذلک، و لو قلنا: ان مسمى اليوم شامل لليل اعتبرت، نعم لو وقع البيع أول الليل فالليالى داخله تبعا». و هو جيد إن لم يرد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

دخول الرابعه أيضا تبعا.

لكن فى الثانى منهما «و تعتبر الثلاثه و لو ملفقه لو وقع الإمهال فى خلال اليوم، و الليالى تابعه للأيام، فإن وقع نهارا اعتبر إكمال الثلاث من اليوم الرابع، و دخلت الليالى تبعا، و لو وقع ليلا أجل ثلاثه أيام تامه و تمام الليله من الرابعه كذلك».

و فيه أنه لا حاجه إلى إكمالها مع فرض الصدق بدونها بل و بدون الأولى، و لكن دخلت تبعا للأيام كدخول المتأخره إذا احتيج إلى التلفيق من يومها كما هو واضح.

و يعتبر فى الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عاده من رفيق و غيره، و لا يجب تحصيله بأجره حملا للإطلاق على المعتاد الذى هو مراعى أيضا فى بقائه فى نفس البلد لتحصيل المال.

ثم إن المحكى عن التذكره و صرح به فى جامع المقاصد و المسالك كون المراد ببطلانها على تقدير عدم إحضاره فى المده المضروبه سقوطها إن لم يكن أخذ، و تسلط المشترى على الفسخ إن كان قد أخذ.

قيل: و لعله كذلك، لأن الحكم بالبطلان إنما هو مراعاه للمشترى، فإذا رضى بأخذ الشفيع بالتأخير فقد أسقط حقه، و ليس فى إطلاق الروايه ما ينافى ذلك، لأن غايتها إسقاط حق الشفيع من التسلط على المطالبه، و هو لا يستلزم إسقاط حق المشترى من المطالبه بالثمن بعد إجراء الصيغه الناقله.

و بالجمله لا دلاله فيها على بطلان حق الشفيع، و على تقديره لا ضير فيه أيضا، و إن هى حينئذ إلا كما ورد(۱)فى خيار التأخير من بطلان البيع مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحه و ثبوت الخيار لا فساده من أصله.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب الخيار- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

فما فی الکفایه- من أن هذا التفصیل غیر مذکور فی الروایه- محل مناقشه إن أراد الرد بها علیه، و إن أراد عدم استفاده ما ذکره منها فحسن إلا أنه لم یستند إلیها فی ذلک، و لعله أخذه مما قدمناه من الحجه.

و فیه ما لا یخفی من أنه لا حجه تقتضی العدول عن ظاهر

قوله (علیه السلام)(۱): «بطلت شفعته»

و قوله (علیه السلام)(۲): «و لا شفعه له»

إلی إراده نفی اللزوم لا الصحه بعد تعبیر الأصحاب أیضا بالبطلان الظاهر فی الانفساخ لو وقعت و عدم استحقاق لها إن لم تقع. لکن مع بقاء طلب المشتری إراده الثمن من الشفیع، لأن ذلک هو ظاهر النص(۳).

أما لو رضی بالتأخیر فی ابتداء الأمر أو فی أثناء الثلاثه فلا یندرج فی النص(۴)المزبور، فیبقی علی ما تقتضیه القواعد من الصحه، بخلاف ما لو مضت الثلاثه و هو مستمر علی طلب الثمن فلم یأت به

الشفیع، فان ظاهر النص حینئذ عدم الاستحقاق و الانفساخ، فلو رضی بعد ذلک لم یجد فی ثبوت حق الشفعه أو فی بقاء الثمن فی ذمه الشفیع، کما لو کان فی الابتداء مثلا، خصوصا بعد إمکان الفرق بینها و بین العقد الذی له جهه صحه و لزوم، بل قاعده الضرر و نحوها إنما تزلزل لزومه الذی هو مناط الضرر.

و من هنا ینصرف ما دل علی نفی الصحه فیه إلی اللزوم بخلاف الشفعه التی هی أشبه شی ء بالإیقاع و باختیار الفسخ و اللزوم و نحو ذلک مما لم یجر فیه التعارف المزبور، فبقاء اللفظ علی حقیقته حینئذ أولی، لعدم الصارف عنه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

هذا كله على القول بعدم مدخليه دفع الثمن فى ملك الشقص، و إلا فلا ريب فى عدم الصحه، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله، و الله العالم.

و لا خلاف و لا إشكال فى أنها تثبت للغائب بل عن الخلاف و التذكره الإجماع عليه، و فى محكى الغنيه يستحق الشفعه من علم بالبيع بعد السنين المتطاوله بلا خلاف و إن كان حاضرا فى البلد، و كذلك حكم المسافر إذا قدم من غيبته.

و يدل عليه- مضافا إلى ذلك و إلى إطلاق الأدله-

خبر السكونى(۱)المنجبر بعمل الطائفه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «وصى اليتيم بمنزله أبيه، يأخذ له الشفعه إذا كان له فيه رغبه، و قال: للغائب الشفعه».

و لا فرق نصا و فتوى بين طول الغيبه و قصرها. نعم ينبغى تقييده بما إذا لم يتمكن من الأخذ بنفسه أو وكيله كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم، و إلا فإن أخر مع إمكان المطالبه كذلك بطلت شفعته كما صرح به فى محكى التذكره.

بل فى التحرير «لو أشهد على المطالبه ثم أخر القدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفعته، و كذا لو لم يقدر على المسير و قدر على التوكيل فترك».

و كذا لا تسقط شفعته بترك الاشهاد و إن تمكن منه فضلا عما لو عجز عنه أو قدر على إشهاد من لا يقبل قوله أو على من لم يقدم معه أو من يحتاج إلى التزكيه.

أما لو ترك الطلب بمعنى إنشاء الأخذ قولا بعد علمه بالحال و عدم تمكنه من المسير و التوكيل فى دفع الثمن فلم أجد لهم تصريحا فيه، و لكن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

ينساق من فحواه عدم بطلان الشفعه، لعدم ثبوت الفوريه على الوجه المزبور، و الأصل بقاؤها.

و لو كان للغائب وكيل عام ففى التحرير فله الأخذ بالشفعه مع المصلحه للغائب، و كذا لو كان وكيلا فى الأخذ و إن لم يكن مصلحه.

و فيه أنه لا فرق بينهما فى مراعاتها مع الإطلاق و عدمها مع التصريح.

و فيه أيضا أنه «لو ترك هذا الوكيل الأخذ كان للغائب المطالبه بها مع قدومه، سواء ترك الوكيل لمصلحه أو لا» و هو كذلك إن لم يكن ذلك منه إسقاطا لها مع فرض عموم وكالته و وجود المصلحه فيه.

و من لم يعلم بالحال كالغائب و إن كان حاضرا، و كذا المريض الذى لا يتمكن من المطالبه بنفسه و لا بوكيله، و نحوهما المحبوس ظلما أو بحق يعجز عنه، أما إذا كان محبوسا بحق يقدر عليه فهو كالمطلق، إلى غير ذلك من الفروع التى ذكروها فى المقام. مضافا إلى غيرها مما هو حاضر فى الذهن.

لكن لا يخفى على من تأمل كثيرا منها أنه قد يتوهم الفرق بين الحاضر و الغائب، حيث ذكروا التأجيل للأول بالنسبه إلى إحضار المال بالثلاثه أيام، و أنه متى انقضت و لم يحضره بطلت شفعته، سواء كان ذلك لعذر أو لغير عذر، بخلاف الغائب، فإنه على شفعته مع فرض عدم تمكنه من القدوم و التوكيل و لو سنين، سواء قار (بادر خ ل) فى إنشاء الشفعه أو لم يقر (لم يبادر خ ل).

و لعله لظهور الحسن(۱)المزبور المشتمل على التأجيل بالثلاثه فى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

غيره، أما هو فباق على إطلاق الأدله المقتضى لبقاء الشفعه، و الأصل عدم سقوطها.

و لكن التحقيق عدم الفرق بين الحاضر و الغائب الذى هو أحد أفراد المطلق، و إنما ذكره الأصحاب بخصوصه تبعا للنص عليه، و إلا فالحاضر أيضا إذا فرض كون المانع له عن إحضار الثمن عذر شرعى مثل مرض أو حبس بحق يعجز عنه أو غير ذلك كان حكمه حكمهم، و لا ينافيه الحسن المزبور الظاهر فى البطلان من حيث عدم

نضوض الثمن بمعنى عدم تيسره، لا من جهه أخرى.

بل قد يقال بجريانه فى الغائب، على معنى أنه ينتظر به زياده على زمن قدومه على المتعارف ثلاثه أيام أيضا من حيث تيسر الثمن و نضوضه الذى هو حكم الشفيع فى نفسه، كما عساه يومئ إليه تضمنه ذكر الثلاثه لمن ادعى غيبه الثمن فى بلد آخر، فلاحظ و تأمل جيدا، فإن المسأله غير منقحه فى كلامهم.

و المغمى عليه كالغائب كما فى القواعد و التحرير و جامع المقاصد و الدروس، أى ينتظر إفاقته و إن تطاول الإغماء، إذ لا ولايه لأحد عليه، فلا يتصور الأخذ عنه، كما فى الدروس و جامع المقاصد، فإن أخذ أحد لغا، و إن أفاق و أجاز ملك من حين الإجازه لا قبلها، فالنماء للمشترى قبلها، قيل: و لعله لأنه لا مجيز له فى الحال، فيكون كالصبى الذى لا ولى له فى أحد القولين.

و فيه أنه خلاف ما اختاره فى البيع من عدم اشتراط هذا الشرط، كما أن مختاره هناك كون الإجازه كاشفه، و لذا قيل: إن ذلك منه بناء على عدم جريان الفضولى فى الشفعه.

و فيه أن ما ذكرناه من دليله شامل لها، على أن مقتضاه عدم النقل أيضا، و الله العالم.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى ثبوتها للسفيه أيضا، لإطلاق الأدله، بل عن الخلاف الإجماع على ذلك، بل هو مندرج فى المحكى من معقد إجماع الغنيه على أن لولى غير كامل العقل أن يأخذ له بالشفعه، إلا أن الذى يأخذ له الولى و لو بإجازته له ذلك أو إذنه له فيه على حسب غيره من التصرفات الماليه.

و لا ينافى ذلك اقتصار غير واحد- بل الأكثر على ما قيل- على الصبى و المجنون، و خصوصا مثل عباره المتن المذكور فيها ثبوت الشفعه للسفيه، و مع ذلك اقتصر فى أخذ الولى على الصبى و المجنون، فان ذلك قد يوهم اختصاص أخذ الولى بهما دونه.

و من هنا قال فى المسالك: «كان على المصنف جمع الضمير المضاف إلى الولى، ليتناول السفيه، لئلا يتوهم أنه يتولى الأخذ دون الولى، بقرينه تخصيص الطفل و المجنون بأخذ الولى».

قلت: يمكن أن يكون ذلك للفرق بينهما بسلب عبارتهما دونه، فلا يأخذ لهما إلا الولى بخلافه، فإنه له الأخذ بنفسه مع إجازه الولى، بل قد يحتمل جواز ذلك له مع رضا المشترى بالبقاء فى ذمته أو إبرائها له، و إن كان هو خلاف ظاهر الأصحاب.

و كذا لا أجد خلافا بينهم فى ثبوتها للمفلس، لإطلاق الأدله، و إمكان رضا المشترى بالبقاء فى ذمته أو إبرائها، أو استدانته من غير ماله الذى تعلق به حق الغرماء، أو رضوا هم بدفع ذلك من ماله، و إن كان لا يجب عليهم، بل لهم منعه من ذلك بلا خلاف أجده فيه و لا إشكال.

و على كل حال يتعلق حينئذ حقهم بالشقص إذا شفع به كما فى غير ذلك من المال المتجدد له.

نعم فى القواعد و التحرير و جامع المقاصد ليس للغرماء الأخذ بها و لا إجباره عليها و إن بذلوا له الثمن، و لا منعه منه و إن لم يكن له فيه حظ، لأنه لا ملك له قبل الأخذ ليتعلق به حقهم، و كونها حقا ماليا لا يقتضى التعلق المزبور للأصل، و لا يجب عليه الاكتساب لهم، و لأن ذلك حق له، و ليس من لوازمه التصرف فيما تعلق حقهم به من ماله، فلا دخل له بذلك و إن لم يكن فيه حظ له.

و لو أخذ و لم يتيسر له الثمن و لم يرض المشترى بالصبر كان له الانتزاع منه، و لا ينافيه تعلق حق الغرماء، لأنه انتقل اليه على الوجه المزبور، كما هو واضح.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى ثبوتها أيضا للمجنون و الصبى بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى إطلاق الأدله و خصوص خبر السكونى(۱)المتقدم فى الثانى منهما.

و لكن يتولى الأخذ عنهما وليهما كما فى غير ذلك من أمورهما، نعم قيده المصنف و من تأخر عنه بكون ذلك مع الغبطه إلا أنه لم نجده فى كلام من تقدم عليه حتى معقد إجماع الخلاف و غيره، و لعله لحظ الرغبه المراد بها المصلحه فى الخبر المزبور(۲).

و فيه أنه يمكن إرادته ذلك فى خصوص الوصى لا مثل الأب و الجد الذى قد ذكرنا فى غير المقام أن المعتبر فى تصرفهما له عدم المفسده كما هو ظاهر النصوص(۳)بل عن فخر الإسلام إطلاق ذلك فى مطلق الولى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶ و ۱۱- من أبواب عقد النكاح و الباب- ۲۸- من أبواب المهور- من كتاب النكاح و الباب- ۱۱- من أبواب ميراث الأزواج من كتاب الإرث.

إلا أن الأصح الفرق بينهما و بين الوصى مثلا، و الله العالم.

و لو ترک الولی المطالبه بالشفعه مع الغبطه فبلغ الصبی أو أفاق المجنون فله (فلهما خ ل) الأخذ بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه.

و لا ينافى ذلک التراخی المزبور لأن التأخير لعذر (للعذر خ ل) و هو الصبا و الجنون، و تقصير الولی لا يسقط حقهما الثابت لهما حال قصورهما بالنص(۱)و الفتوی، و إنما المتجدد لهما عند الكمال أهليه الأخذ لا أصل الحق، بل لو عفا الولی فی الحال المزبور لم يمض عفوه حتى من الأب و الجد مع فرض مفسده فی ذلک للمولی عليه.

كما لا ينافيه أيضا الضرر على المشتری بطول الانتظار، إذ هو كالاجتهاد فی مقابله إطلاق النص و الفتوی، خصوصا بعد أن كان هو السبب فی إدخال الضرر على نفسه بذلک، و خصوصا بعد ثبوت مثله فی الغائب.

بل لعل الأقوى جواز تجديد الولی الأخذ و إن ترک سابقا أو عفا، كما صرح به بعضهم، لبطلان تركه و عفوه، فلا يترتب على أحدهما أثر، و ليس هما من التراخی المسقط للشفعه قطعا، لأن تقصيره السابق

بمنزله عدمه بعد فرض بقاء حق الشفعه للمولی عليه.

اللهم إلا أن يكون بذلک فاسقا على وجه ترتفع به ولايته، و فيه منع واضح؛ و على تقديره يمكن عودها بالتوبه حينئذ، فاستشكال بعضهم فی ذلک بالنسبه إلى الولی خاصه دون الطفل مثلا عند بلوغه فان له الأخذ فی غير محله؛ كما هو واضح، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

و على كل حال لا غرامه عليه كما عن بعضهم التصريح به للأصل و غيره.

نعم إذا لم يكن فى الأخذ غبطه حيث تعتبر أو كان فيه فساد حيث يكون عدمه هو المعتبر فأخذ الولى مع ذلك لم يصح بلا خلاف و لا إشكال، لأن الفرض عدم تصرفه على الوجه المشروع، و كان ضامنا لما دفعه من الثمن، و الشقص باق على ملك المشترى.

هذا و فى جمله من كتب الفاضل و جامع المقاصد و الروضه أنه لا شفعه لهما بعد الكمال إذا كان الترك من الولى أصلح من الأخذ؛ أو كان فى الأخذ فساد على المولى عليه.

و لعله كذلك إذا كان ذلك لإعسار الصبى و نحوه مما يقتضى عدم ثبوت الشفعه له للعجز، بناء على سقوط الشفعه به كما عرفت. أما إذا لم يكن كذلك فيشكل السقوط، لإطلاق الأدله. و لا ينافيه عدم جواز أخذ الولى المعتبر فيه المصلحه أو عدم المفسده.

و لعله لذا قال فى محكى الخلاف: «إذا كان للصبى شفعه و الحظ له فى تركه فترك الولى و بلغ الصبى رشيدا فله المطالبه بالأخذ و له تركه، لأنها حقه، و ليس على إسقاطها دليل، و أيضا جميع العمومات التى وردت فى وجوب الشفعه تتناول هذا الموضع، و لا دلاله على إسقاطها بترك الولى».

و هو جيد جدا، بل هو مقتضى كل من أطلق أن لهما الشفعه مع الكمال لو ترك الولى من غير تقييد بما إذا كان ذلك مع الغبطه.

فما فى الرياض- من أنه لا يظهر خلاف فى أنه لو كان الترك لعدم المصلحه لم يكن لهم بعد ارتفاع المانع الأخذ بالشفعه- فى غير محله.

و دعوى أنه إذا كان حينئذ الحظ فى الترك وجب أن يصح كما يصح الأخذ واضحه الفساد، إذ ليس من آثار صحه الترك سقوط حق الشفعه

للمولى عليه، بل أقصاه موافقه الشارع فيما قرره له فى الفعل و الترك.

نعم لو عفا و أسقط و فرض مصلحه تقتضى صحه ذلك كان من آثارها السقوط، فلا شفعه لهما بعد الكمال لذلك.

و لو جهل الحال أن ذلك كان لمصلحه أو لا فهو كباقى تصرفات الولى، لكن فى القواعد «فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبهإلا أن يكون الترك أصلح» و فى جامع المقاصد «أن مقتضاه أن لهما المطالبه مع الجهل لظهور كون الاستثناء متصلا- ثم قال-: و فيه لأن المطالبه (۱)فرع الثبوت حينئذ، و الثبوت إنما يتحقق مع المصلحه، و الفرض جهاله الحال، فلا مقتضى للثبوت، و هذا وجيه».

قلت: مضافا إلى حمل فعل المسلم أو تركه على الوجه الصحيح، و خصوصا الولى الذى لا اعتراض للمولى عليه إلا مع العلم بفساد فعله و تركه، و لولا ذلك لكان المتجه الثبوت للاستصحاب، و لا دليل على اشتراط ذلك بترك الولى له مع المصلحه فيه.

و من ذلك يعلم ما فى الروضه تبعا لما سمعته من جامع المقاصد «فان ترك فى موضع الثبوت أى مع المصلحه فلهم عند الكمال الأخذ لا من ترك لعدم المصلحه، و لو جهل الحال ففى استحقاقهم الأخذ نظرا إلى وجود السبب فيستصحب، أم لا التفاتا إلى أنه مقيد بالمصلحه و لم يعلم؟ وجهان، أجودهما الثانى» و الله العالم.

و تثبت الشفعه للكافر على مثله و إن كان البائع مسلما بلا خلاف، بل عن جماعه الإجماع عليه، لإطلاق الأدله و عمومها السالمين عن المعارض عدا إطلاق

الخبر(۲)«ليس لليهودى و النصرانى شفعه»

۱- ۱ و فى جامع المقاصد« و فى استحقاقهما المطالبه و الحال هذه نظر، لأن المطالبه فرع.».

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

المقید إجماعا بإراده نفیها لهما علی المسلم الذی أشار إلیه المصنف بقوله:

و لا تثبت له علی المسلم و لو اشتراه من ذمی أو غیره بلا خلاف فیه أیضا، بل الإجماع بقسمیه علیه. بل المحکی منهما مستفیض إن لم یکن متواترا، مضافا إلی الخبر المزبور و قوله تعالی(۱)«لَنْ یَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْکٰافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا» و إلی

أن «الإسلام یعلو و لا یعلی علیه»(۲)

فلا یقهر الکافر المسلم علی أخذ ماله من یده.

و تثبت للمسلم علی المسلم و الکافر إجماعا أو ضروره من المذهب إن لم یکن الدین، و الله العالم.

و إذا باع الأب أو الجد و إن علا عن الیتیم أو المجنون شقصه المشترک معه لمصلحه إنفاق أو غیره جاز أن یشفعه کما صرح به الشیخ و الفاضل فی بعض کتبه و ولده و الشهیدان و الکرکی علی ما حکی عن بعضهم، لإطلاق الأدله، بل لا أجد فیه خلافا.

نعم فی قواعد الفاضل «و للأب و إن علا الشفعه علی الصغیر و المجنون و إن کان هو المشتری أو البائع عنهما علی إشکال» بل فی مختلفه الجزم بالعدم فی الوکیل علی بیع ما یستحق الشفعه به، محتجا بأن قبول الوکاله رضا منه بالتملیک للمشتری، و حینئذ تسقط الشفعه، بل فی جامع المقاصد توجیه الاشکال المزبور بذلک.

و لکنه کما تری، ضروره عدم الدلاله علی ذلک، بل لعل إیقاع العقد المذکور تمهید للأخذ بها و تحقیق لسببه، فلا یکون الرضا به مسقطا لها بل الرضا بالسبب رضا بالمسبب، لا أن إیجاد العله- و هی البیع- ینافی طلب المعلول و هو الشفعه.

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۴۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب موانع الإرث- الحدیث ۱۱ من کتاب الإرث.

و دعوى أن عدم الشفعه للتهمه له بتقليل الثمن يدفعها- مع ان ذلك مناف لائتمانه الشرعى- إمكان فرض بيعه على وجه ترتفع التهمه بإحضار العدول و الحضور عند الحاكم و نحو ذلك لأنه أى الأخذ بها لا يزيد عن بيع ماله من نفسه المعلوم جوازه، فالإشكال فى ذلك فضلا عن الجزم بالعدم فى غير محله.

و كذا تثبت الشفعه للولد على والده، لإطلاق الأدله، و إن قال فى جامع المقاصد: «فيه احتمالان و فى الاستحقاق قوه».

بل مما ذكرنا يعلم ثبوتها أيضا للوكيل فى البيع و الشراء، بل فى جامع المقاصد «أن ذلك له قولا واحدا» و إن كان فيه أن المخالف الشيخ فيما حكى من مبسوطه و الفاضل فى المختلف، و استشكل فيه فى محكى التذكره، لنحو ما سمعته سابقا، و قد عرفت ضعفه.

لكن لم يظهر لنا الفرق بين الولى و الوكيل حيث حكى عن المبسوط أن للأول الشفعه بخلاف الثانى، كما أن المحكى عنه فى التذكره الجزم بها للأول و التوقف فيها فى الثانى، و نحوه الكلام فى العبد المأذون.

و كيف كان ف هل ذلك للوصى؟ قال الشيخ فى مبسوطه لا يجوز له ذلك لمكان (لإمكان خ ل) التهمه و لفظه: «إذا باع ولى اليتيم حصته من المشترك بينه و بينه لم يكن له الأخذ بالشفعه إلا أن يكون أبا أو جدا، لأن الوصى متهم، فيؤثر تقليل الثمن، و لأنه ليس له أن يشترى لنفسه بخلاف الأب و الجد».

و لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و لذلك قال المصنف و لو قيل بالجواز كان أشبه بأصول المذهب و قواعده كالوكيل الذى قد عرفت الحال فيه، بل جزم به الفاضل فى بعض كتبه و الشهيدان و الكركى لما عرفته، بل عن ظاهر المختلف الإجماع

على أنه يجوز للوصى أن يشترى لنفسه كالأب و الجد، و فى جامع المقاصد و المسالك لا بحث فى الصحه إذا رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعه لارتفاع التهمه حينئذ.

و هو جيد لو انحصر مستند الشيخ فى ذلك، و قد سمعت التعليل به و بغيره، و إن كان هو فاسدا كما عرفت، و الله العالم.

و للمكاتب المشروط و المطلق الأخذ بالشفعه بلا خلاف و لا إشكال، لانقطاع سلطنه المولى عنه بالنسبه إلى ذلك و حينئذ ف-لا اعتراض لمولاه عليه حتى لو كان هو البائع أو المشترى.

و لو باع المكاتب شقصا على المولى ببعض مال الكتابه ثبتت الشفعه لشريكه، فان كان مشروطا و فسخت الكتابه فالأولى بقاء الشفعه اعتبارا بحال البيع، و ربما احتمل سقوطها لخروجه بذلك عن كونه مبيعا، و الأول أصح.

و لو ابتاع العامل فى القراض شقصا و صاحب المال شفيعه لأنه مشترك بينه و بين غيره فقد ملكه بالشراء مع فرض عدم الربح لا بالشفعه بلا خلاف أجده فيه بيننا و لا إشكال، لأن العامل كالوكيل عن المالك، فكل ما يشتريه للقراض هو ملك لرب المال، فلا يتصور شفعه له حينئذ فى ماله، إذ الملك لا يملك من جهتين، و استحقاقه القصاص على عبده لو جنى عليه ليس ملكا لملكه.

فما عن الكركى فى بعض حواشيه المكتوبه بخطه على جامع المقاصد- من أنه لا يمتنع أن يستحق الملك بالشراء ثم بالشفعه، إذ لا يمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد، لأن علل الشرع معرفات- واضح الفساد و ان كان ستسمع اختيار مثله من المصنف و الفاضل و غيرهما فى الفروع على القول بالكثره، ضروره عدم وجود العله بعد أن

كان الشراء له بالوكاله عن العامل، و الفرض ظهور أدله الشفعه بل صراحتها فى بيع الشريك حصته من غير من له الشفعه، كما هو واضح.

و حينئذ فلو أراد المالك الاختصاص به بأن يفسخ المضاربه فيه لا اعتراض للعامل إذا لم يكن ظهر ربح، و لكن له المطالبه بأجره عمله المحترم كما فى غير ذلك من أعيان المضاربه.

و إن لم يختر المالك الفسخ بقيت المضاربه بحالها، و ليس للعامل أجره بل له شرطه من الربح، و لا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، فان جميع مال القراض مملوك له، و ذلك كله واضح من قواعد الشفعه و المضاربه.

فمن الغريب ما عن المبسوط من عدم الترجيح فى المسأله، و الاقتصار على نقل أقوال ثلاثه فيها: أحدها ما عرفته، و الثانى أنه يأخذه بالشفعه، و الثالث عدم أخذه بها و لا بغيرها، و كأنها للعامه، و لا وجه للأخيرين منها فيما فرضناه من موضوعها.

نعم لو ظهر الربح للعامل فى المبيع و قلنا بملكه بذلك على وجه يكون شريكا للمالك بمقدار ما يخصه من الربح فالمتجه الموافق لقواعد المضاربه أنه حينئذ يكون شريكا فى الشقص مع صاحب المال، سواء فسخ المضاربه أم لا، و ليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعه أيضا، لأن العامل لم يملكه بالشراء الذى هو شرط ثبوت الشفعه، و إنما ملكه بظهوره، سواء قارن الشراء أم تأخر.

نعم لو فرض أن ما اشتراه به من الثمن قد ظهر فيه الربح و قلنا بملكه به على وجه صار شريكا اتجه حينئذ كون المبيع مشتركا بينه و بين المالك بالبيع، بل اتجه أخذ المالك فيه بالشفعه، أما فى الفرض فلا ملك للعامل بالبيع و إن كان الربح مقارنا، لأن ملكه طار على ملك

رب المال، فالبیع لم یفد إلا ملک رب المال بأجمعه للمبیع، لأن الثمن له.

ثم إن العامل یملک و لو علی جهه الترتب الذاتی، و حینئذ فلیس ذلک من أسباب استحقاق الشفعه، لاختصاص موردها بالبیع نصا و فتوی، و لیس لصاحب المال قطع تسلط العامل علی الحصه بالفسخ و رده إلی الأجره، کما تسمعه من بعض الشافعیه، بل یستقر ملکه علیها إن لم یتجدد ما یبطله کخساره المال لا غیر، لأصاله بقاء ملکه علیه إلا بوجه ناقل شرعا، و هو منتف هنا.

و هذا هو حاصل ما فی الدروس «و لیس للمالک أخذ ما اشتراه العامل بالشفعه، بل له فسخ المضاربه فیه، فان کان فیه ربح ملک العامل نصیبه، و إلا فله الأجره».

لکن فی قواعد الفاضل «و یملک صاحب مال القراض بالشراء، لا بالشفعه إن لم یکن ربح أو کان، لأن العامل لا یملکه بالبیع، و له الأجره».

و ربما استظهر منه أن للمالک الاختصاص بالعین علی کل حال و أنه لیس للعامل إلا الأجره و إن کان قد ظهر الربح.

و لذا حکی فی جامع المقاصد النظر فیه عن حواشی الشهید بأن فتوی المصنف ملک الربح بالظهور، و حینئذ یملک العامل حصه من الشقص و یکون شریکا قال: «ثم أجاب بما لا یدفع السؤال، ثم اعترف بورود السؤال».

قلت: قد یدفع بأن المراد استحقاق الأجره مع الفسخ و عدم ظهور الربح، کما عساه یشعر به قوله: «لأن العامل» إلی آخره المراد منه أنه و إن کان ربح و یملکه العامل إلا أن ملکه له بسبب اقتضاء عقد المضاربه ذلک، لا البیع الذی لم یحصل منه إلا ملک رب المال للجمیع

باعتبـار كون الثمن ملكـا له و ملك العامل طار عليه، فلا شـفعه له بملك العامل، لأنه لم يملكه بالبيع الـذى هو عنوان الشـفعه، و إنما ملكه بظهور الربح، و الذى ملكه بأجمعه أولا بالبيع إنما هو رب المال، فلا يتصور له شفعه على كل حال.

بل يشـهد لذلك أيضا ما فى تحريره قال فيه: «و لو اشترى المضارب بمال القراض شـقصا فى شركه رب المال فليس لرب المال فيه شـفعه على الأقوى لأن الملك له، و لو كان فيه ربـح فكـذلك، شواء قلنا إن العامل يملك بالظهور أو بالإنضاض، لأنه شـراء مـأذون فيه، و إن لم يكن ظهر ربـح لم يكن للعامـل اعتراض، و لو كان له الأجره عن عمله» أى لا اعتراض له عليه لو أراد فسـخ المضاربه و الاستبداد بالشقص و إن كان له حينئذ أجره عمله، كما فى غيره من أعيان المضاربه مع فرض عدم الربح، أما معه فله نصيبه.

و حينئـذ فينزل ما فى القواعـد على إراده هـذا المعنى، و كأنهم أهملوه اتكالا على قواعد المضاربه، و لعل هذا أولى من دفعه بما فى التـذكره عن بعض الشـافعيه من الوجه الثـالث فى المسـأله، و هو أن للمالـك أن يأخـذ بحكم فسـخ المضـاربه، لأنه لما امتنع استحقاقه الشـفعه فلا أقل من أن يسـتحق قطع سـلطنه العامل عن الشـقص، لأنه ممكن، فلا يلزم من امتناع الشفعه لامتناعها انتفاء هـذا، كمـا نقول فيما إذا جنى المرتهن على عبـد المولى، فإنه يكون للمولى فكه من الرهن بسـبب الجنايه، و حينئـذ فيكون على صاحب المال اجره المثل عن عمله لكونه محترما، سواء ظهر فيه ربـح أو لا، إذ يرد عليه أن فسـخ المالك إذا طرأ على المضاربه لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذى ثبت استحقاقه، لأن الفسخ إنما يؤثر بالنسبه إلى مستقبل الزمان لا فيما مضى، فيجب أن يقال: إن ظهر ربح فللعامل

حقه منه إن قلنا يملكه بالظهور، و إلا فله الأجره، و هو المطابق لما سمعته من الدروس.

و المناقشه فيه- بأن هذا الحكم آت فی جميع أقسام المضاربه فلا خصوصيه لكون الشقص مشفوعا فی ثبوت الفسخ- يدفعها أنه لا مانع من كون الحكم كذلك، إذ لم يظهر من أحد أن لما هاهنا خصوصيه، بل يمكن إيكال ما فی بعض العبارات من الإجمال إلى وضوح الأمر بملاحظه قواعد المضاربه.

و كأن الذی دعاهم إلى ذكر الفرع أن الشيخ فی المبسوط ذكره، و ذكر فيه أقوالا و لم يرجح أحدها، فأرادوا تنقيح ذلك على قواعد الإماميه تعريضا بما سمعته من بعض الشافعيه.

هذا و لكن فی جامع المقاصد «يمكن الجواب عن السؤال الأول بأن العامل و إن استحق الحصه من الربح بالظهور إلا أن استحقاق الاختصاص بسبب الشركه سلط المالك على قطع استحقاقه من العين، فإن الشركه هنا إن لم تكن موجبه لاستحقاقه التملك لكونه مالكا حقيقه فلتكن رافعه لتملك العامل بعض العين، و متى فات حقه من الربح استحق اجره المثل و لو لم يظهر ربح ففی استحقاق الأجره إلى حين الفسخ كلام يأتی إنشاء الله تعالى، و هذا لا بأس به، إذا عرفت ذلك فقول المصنف:

لأن العامل لا يملكه بالبيع تعليل لقوله: يملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعه على تقدير الربح، و معناه أن استحقاق العامل متأخر عن العقد، فلا يمكن أخذه بالشفعه، و فيه تنبيه على استحقاق العين و الاختصاص بها من دون العامل و إن ظهر ربح، لأن حق المالك و هو الاختصاص بسبب الشركه أسبق، فلا يزيله حق العامل الطارى، بل

للمالک فسخ استحقاقه، و ينتقل إلى أجره المثل، و هذا هو تحقيق هذا المحل».

قلت: لا يخفى عليک ما فيه من أنه (أولا) هو بعينه ما سمعته من بعض الشافعيه الذى قد اعترف هو بفساده و أورد عليه ما ذكرناه.

و (ثانيا) أن ما ذكره من اقتضاء الشركه قطع سلطنه العامل لا نعرف له وجها يطابق أصول الإماميه.

فمن الغريب قوله: «إن هذا تحقيق هذا المحل» و ما كنا لنؤثر أن يقع منه مثل ذلک، و ربما كان التزام سوء تعبير الفاضل و غيره أولى من مخالفه الضوابط الشرعيه.

و إذا بيع شقص فى شركه مال المضاربه فللعامل الأخذ بها مع الغبطه فإن عفا فللمالک الأخذ، و هو معنى ما فى الدروس من أنها تثبت للعامل فان ترک فللمالک الأخذ.

بل و ما فى التذكره من «أن للعامل فى المضاربه الأخذ بالشفعه إذا بيع شقص فى شركه المضاربه، فإذا أخذ فإن كان هناک ربح فلا حصه له فى ذلک، بل الجميع للمالک، لأن العامل لا يملكه بالشفعه، فالجميع لصاحب المال، و كذا إن لم يكن ربح، و للعامل الأجره، و لو ترک كان لرب المال الأخذ، لأن المشترى بمال المضاربه له. هذا إذا لم يظهر فى الحصه التى اشتراها المضارب ربح، و لو كان قد ظهر فيه ربح لم يكن هناک شفعه، لا للعامل و لا لرب المال، لزياده الشركه على اثنين» قلت: ضروره كون العامل حينئذ شريكا و رب المال و الشريک البائع فى الأرض المزبوره مثلا.

لكن قد يناقش فيما ذكره- من عدم شى ء للعامل و إن كان ربح،

و إنما له الأجره- بأن أخذه بالشفعه إن كان من عمل المضاربه فله ربحه، و إلا فلا اجره له.

و قوله: «لأن العامل لا يملك بالشفعه» يدفعه أنه لا يملك بها و لا بغيرها من النواقل، و إنما يملك بظهور الربح، و لم يجز له الأخذ بها إلا لأنها من عمل المضاربه و إن كان الملك لرب المال كالشراء.

و لو كان للعامل الشفعه بمعنى أنه اشترى للمضاربه شقصا له فيه الشفعه- لأنه الشريک- كان له مع عدم الربح الأخذ، لأن ملك الشقص لغيره، و كذا مع الربح إذا لم نقل بملكه بالظهور، أما معه فلا شفعه له به، لصيروره بعضه ملكا له بالظهور، و لا وجه للشفعه بملكه كما سمعته فى رب المال، و الشفعه بما يخص رب المال منه تبعيض للشفعه.

لكن فى التحرير هنا احتمالان قال: «و لو كان المضارب شفيعه و لا ربح فى المال فله الأخذ، لأن الملك لغيره، و إن كان فيه ربح و قلنا لا يملك بالظهور فكذلک، و إن قلنا يملك بالظهور احتمل الشفعه و عدمها كرب المال» و لعله لنحو ما سمعته من الكركى سابقا و تسمعه فيما يأتى من الفروع العشره.

ثم قال: «و إن باع المضارب شقصا فى شركته لم يكن له الأخذ بالشفعه، لأنه متهم على إشكال» و فيه ما عرفت سابقا من عدم صلاحيه التهمه مانعا، و الله العالم.

[فروع على القول بثبوت الشفعه مع كثره الشفعاء]

اشاره

فروع على القول بثبوت الشفعه مع كثره الشفعاء قد جرت العاده بذكرها و إن لم نقل بها تشحيذا للأذهان، و لأنه قد ينتفع بها على المختار أيضا فى حال إرث المتعددين الشفعه و هى كثيره، و قد اختار المصنف منها عشره:

[الفرع الأول لو كان الشفعاء أربعه فباع الأول و عفا الثانى فللآخرين حق الشفعه]

الفرع الأول:

لو كان الشفعاء أربعه مثلا فباع أحدهم نصيبه و قلنا بسقوط حقه من الشفعه بذلك، للشك فى ثبوتها معه، و الأصل عدمه إن لم يكن المنساق من الأدله خلافه، خصوصا بعد ملاحظه أن حكمه شرعها قاعده الضرر، فلا يجرى استصحاب بقائها مع احتماله أيضا، لكن الأقوى الأول و حينئذ فإذا عفا آخر منهم بأن أسقط حقه من الشفعه ف الذى ذكره غير واحد كالشيخ و الفاضل و الشهيدين و الكركى على ما حكى عن بعضهم بل فى المسالك أنه المشهور و إن كنا لم يتحققه قبل المصنف أن للآخرين أخذ المبيع و لا- تسقط الشفعه بفعل الأولين. نعم لو اقتصرا فى الأخذ على حقهما لم يكن لهما، لأن الشفعه لإزاله الضرر، و بأخذ البعض يتأكد و فيه (أولا) أن الضرر هو الذى أدخله على نفسه بإقدامه على شراء ذى الشفعاء المتعددين إذا قلنا بتوزيع الشفعه عليهم.

و (ثانیا) أن الشفعه حق مالی قابل للتقسیط و الانقسام، بل هو المنساق من

قوله (علیه السلام)(۱): «الشفعه علی عدد الرجال»

ضروره أن معنی کونها علیهم دون السهام توزیعها علیهم، و لا معنی للتوزیع إلا بإراده تبعیه شفعه کل واحد نصیبه.

و (ثالثا) أن العفو یقتضی استقرار المعفو عنه علی ملک المشتری کما لو عفوا جمیعا.

و (رابعا) قد سمعت سابقا ما حکاه المرتضی (رحمه الله) من أنه فی روایات أصحابنا إذا سمع بعض بحقوقهم من الشفعه فمن لم یسمح بحقه علی قدر حقه؛ فالمتجه حینئذ سقوط حق الأولین و بقاء حق الآخرین، بل لیس لهما أخذ حق الأولین بالشفعه، لعدم ثبوته لهما، و هو المحکی عن أبی علی و الفاضل فی موضع من التذکره.

و دعوی أن الشفعه کالخیار لو ورث- فإنه واحد لا یتبع الحصص فیمضی فسخ الواحد علی الجمیع و إن لم یرضوا بذلک- یدفعها بعد تسلیم ذلک وضوح الفرق بینها و بینه بکونه راجعا إلی فسخ العقد، و هو غیر قابل للتبعیض بخلاف الشفعه، فإن مرجعها إلی نقل ملک المشتری إلی الشفیع من دون فسخ عقد، و مع فرض تعدد المستحقین و کون الاستحقاق علی عددهم لا مناص عن القول بالتوزیع علی حسب ما ذکرناه.

و علی کل حال فمما ذکرنا یعلم حینئذ جریان حکم هذا الفرع علی القول بالاتحاد فی صوره الإرث التی ذکر فی المسالک فیها احتمالا آخر و هو بطلان حق الجمیع بعفو البعض، بناء علی أنهم یأخذون الشفعه للمورث ثم یتلقون منه، فیکون عفو بعضهم بمثابه عفو المورث عن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۵.

بعض حقه، بل هو المحکی عن ابن شریح فی أصل المسأله أیضا و إن کان هو واضح الفساد.

و أوضح فسادا منه احتمال عدم سقوط حق واحد من الأولین فی أصل المسأله، لأن الشفعه لا تتبعض فیغلب جانب الثبوت، إذ هو مع أنه کما تری مناف لقاعده تسلط الناس علی حقوقهم کأموالهم، مضافا إلی ما سمعته من الخبر المزبور، و الله العالم.

و مما ذکرنا یعلم الحال فیما لو کان الشفعاء غیبا کلهم أو بعضهم ف ان الشفعه لهم علی الوجه الذی ذکرناه.

إلا أن المصنف بناء علی مختاره السابق من عدم تبعیض الشفعه قال فإذا حضر واحد فطالب فاما أن یأخذ الجمیع أو یترک، لأنه ربما لا- یأخذ الغائبان، فتتفرق الصفقه علی المشتری، فهو حینئذ بمنزله أن لا شفیع الآن غیره. و لو حضر آخر أخذ من الآخر النصف أو ترک لأنهما حینئذ بمنزله أن لا شفیع غیرهما فان حضر الثالث أخذ الثلث أو ترک، و إن حضر الرابع أخذ الربع أو ترک.

إلا أن ذلک کله مع منافاته لما ذکرناه سابقا من الأدله قد یناقش فیه (أولا) بأن الغیبه لا تسقط حق الشفعه، فلا وجه لأخذ الأول الجمیع علی وجه یکون ملکا له، و الفرض أن له الربع و عدم عفو أحد منهم، و احتمال حصوله بعد ذلک لا یجعل الحق تماما له الآن، إذ احتمال الکشف لا- دلیل علیه، بل ظاهر الأدله خلافه، و خوف التبعیض لا یقتضی ثبوت الحکم المزبور، کما أن الأخذ منه بعد ذلک کذلک أیضا، و بعد الإغضاء فاقتضاء احتمال التبعیض إیقاف الحق أولی من أن یقتضی التسلط

على حق غيره على وجه يكون ملكا له، بل هو مناف لاشتراك الحق بينهم.

و (ثانيا) بأن المعلوم من الأدله أخذ الشفيع من المشترى لا من الشفيع الذى استحق الملك بالشفعه لا بالشراء، و تعلق حق الشفيع الغائب فيما شفع فيه إن كان مانعا من الانتقال فلا وجه لأخذ الأول الجميع بها و إن لم يكن مانعا فلا دليل على فسخ ما ملكه الشفيع الأول الذى مقتضى الأصل لزومه، بل قد يقال: إن أخذ الثانى من الأول تبعيض لما أخذ بالشفعه أيضا، و لا دليل عليه، بل هو مقتضى ما ذكروه أنه لا بد للحاضرين من الاجتماع و شفعتهم فى الشقص أجمع إذا أرادوا الاشتراک بها من المشترى، و إلا فمتى ترتبوا لم يحصل ذلک، لأن كل واحد منهم لا ينتقل إليه مقدار نصيبه للتبعيض، و الأخذ منه خلاف المفروض الذى هو كون الأخذ من المشترى.

و (ثالثا) ما ذكره من التعليل بالتبعيض لا يتم إلا بالنسبه إلى الأول، أما من بعده فاقتصاره على نصيبه لا يضر بالمشترى، لأن الشقص قد أخذ منه تاما على التقديرين بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنها تفرق الصفقه على المشترى.

و من هنا احتمل على هذا فى القواعد و الدروس و جامع المقاصد تخيير الثانى بين أن يأخذ النصف أو الثلث، فإذا قدم الثالث و وجدهما قد تساويا فى الأخذ أخذ الثلث منهما على السويه، و إن وجد الثانى قد اقتصر على الثلث تخير بين أن يأخذ من الأول نصف ما فى يده، و هو تمام حقه و لا يتعرض للثانى، و بين أن يأخذ من الثانى ثلث ما فى يده، لأنه يقول: ما من جزء إلا ولى منه ثلثه، فان ترک الثانى حقه حيث لم يشاطر الأول فلا يلزمنى أن أترک حقى، ثم له أن يقول للأول ضم ما

معک إلى ما أخذته لنقسمه نصفين، لأنا متساويان فى الحق. و حينئذ فتصح قسمه الشقص من ثمانيه عشر، لأنا نحتاج إلى عدد له ثلث و لثلثه ثلث، و أقله تسعه يحصل منها ثلاثه فى يد الثانى و سته فى يد الأول، ثم ينزع الثالث من يد الثانى واحدا و يضمه إلى السته التى فى يد الأول يكون سبعه و يقتسما بها بينهما، و هى لا تنقسم على اثنين، فتضرب اثنين فى تسعه تبلغ ثمانيه عشر، للثانى منها أربعه، و هى مضروب الاثنين اللذين بقيا له فى اثنين تبقى منها أربعه عشر، لكل واحد من الأول و الثالث سبعه، و إذا كان ربع الدار ثمانيه عشر كان جملتها اثنين و سبعين.

و فيه (أولا) أن عدم حصول التبعيض بأخذه لا يقتضى التخيير المزبور، بل يقتضى الاقتصار على حقه أو المشاطره مع الأول، لاحتمال عدم أخذ الغائب، كما جزم به فى جامع المقاصد و هو ظاهر المصنف.

و (ثانيا) أنه مع أخذه مقدار حقه مشاعا لا تسلط للشريک عليه، إذ لا زياده له عنده.

کل ذلک بعد البناء على أن الشرکاء ثلاثه کما فرضها فى القواعد حتى يکون حقه الثلث أو يراد الثلث بعد حق الأول، فينطبق حينئذ على مثال المتن.

و على کل حال هو واضح الضعف لا ينطبق على قواعد الإماميه، و انما هو مناسب لمذاق العامه.

و احتمل أيضا أن لا يأخذ الثالث من الثانى شيئا بل يأخذ نصف ما فى يد الأول فيقسم المشفوع أثلاثا، بناء على أن فعل الثانى لا يعد عفوا عن السدس، بل اقتصارا على حقه، و إلا لاتجه بطلان حقه، لأن العفو عن البعض عفو عن الکل على قول، و إنما أخذ کمال حقه مع أنه

قد قال بعضهم بسقوط حقه، لكونه قد عفا عن بعضه، و لكنه فی غایه الضعف.

و لعل الاحتمال المزبور هو الموافق لما قلناه، بناء علی أن الشرکاء ثلاثه أو یأخذ نصفا مما فی یده بعد إخراج ربعه حتی ینطبق المختار علی مثال المتن، و الله العالم.

[الفرع الثانی لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعه]

الفرع الثانی:

لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعه للأصل و غیره مما عرفت و لكن علی ما ذکرنا کان للغائب قدر استحقاقه و علی ما ذکره المصنف و غیره له أخذ الجمیع أو الترک.

و کذا لو امتنع ثلاثه أو عفوا کانت الشفعه بأجمعها للرابع إن شاء علی مختار المصنف و الجماعه، و أما علی ما قلناه فله الربع خاصه، و الله العالم.

[الفرع الثالث إذا حضر أحد الشرکاء فأخذ بالشفعه لم یسقط حق الباقین]

الفرع الثالث:

إذا حضر أحد الشرکاء فأخذ الجمیع بالشفعه بناء علی ما سمعته من المصنف و غیره ف قاسم وکلاء الغائبین فإن له ذلک، لأن الحق الآن مختص به ثم حضر الآخر الغائب ف (۱۱) ان عفا استمرت القسمه، و إن طالب (۱۲) و أخذ ففی القواعد و غیرها فسخ القسمه (۱۳) إن شاء و شارک الأول

لأن حقه شائع فی المأخوذ و فی باقی السهام.

و لکن قـد یناقش بأصاله بقاء القسـمه الواقعه بینه و بین الوکلاء، إذ المسـتحق هو حینئـذ، و الغائب حقه متجدد فیما أخذه الأول، فلاـ وجه للتسـلط علی فسـخ القسـمه، و لـذا بنـاء علی مـا ذکرناه إذا أخـذ حصـته و قاسم مع وکلاء الغائبین لم یکن لأحـد منهم الفسخ.

و کذا لو رده الشـفیع الأول أی ما شـفع فیه، و هو الجمیع علی مختار المصـنف بعیب ثم حضـر الآخر کان له الأخذ للجمیع، کما صرح به الفاضـل و الکرکی و ثانی الشـهیدین لأن الرد المزبور أبطل الأخـذ من أصـله فکان کالعفو الـذی قـد عرفت أن حکمه ذلک.

و عن محمـد بن الحسن الشـیبانی أنه یختص الثانی بأخـذ حصـته خاصه لأن الأول أسـقط حق الثانی مما زاد علی حصـته، و رده بالعیب أحدث ملکا جدیدا للمشتری بعد أن خرج عنه، فلا یکون کالعفو، بل کعوده إلی المشتری ببیع أو هبه. و احتمله الفاضـل فی القواعد.

و لکن لا ریب فی ضعفه، ضروره أن الرد أوجب فسخ الأخذ و لم ینشئ سببا جدیدا للملک، فلا یساوی عوده بالعقد، و أما علی المختار فلیس للآخر إلا نصـیبه، کما أنه لیس للأول إلا ذلک، فإذا فرض رد نصـیبه کان کالعفو بالنسبه إلیه، و لا حق للآخر فیه، کما هو واضح، و الله العالم.

[الفرع الرابع لو استغلها الأول ثم حضر الثانی شارکه فی الشقص دون الغله]

الفرع الرابع:

لو استغلها الأول أی ظهرت الثمره ظهورا تخرج به عن تبعیه الأصل بعد أخذه و قبل أخذ الثانی ثم حضر الثانی مثلا شارکه فی الشقص دون الغله التی ملکها الأول بکونها نماء ملکه المنحصر فیه قبل أخذ الثانی، کما أن الأول لا یملک ما حصل من غله الشقص بعد الشراء و قبل الأخذ بالشفعه، بل هو للمشتری.

نعم لو کان الأول وکیلا- عن الثانی و أخذ لهما بالوکاله کان شریکا له، بل لو قبل ذلک فضولا و أجاز- بناء علی جریان الفضولی فی الشفعه- کان کذلک أیضا، کما هو واضح.

فما عن بعض الشافعیه- من احتمال مشارکه الثانی للأول علی کل حال- فی غایه السقوط، و لا یخفی علیک حکم ذلک بناء علی المختار، و الله العالم.

[الفرع الخامس لو قال الحاضر لا آخذ حتی یحضر الغائب لم تبطل شفعته]

الفرع الخامس:

لو قال الحاضر ابتداء مثلا لا آخذ الجمیع بالشفعه حتی یحضر الغائب لم تبطل شفعته قطعا بناء علی التراخی.

و أما علی الفور فالأقوی کما فی المسالک و محکی المبسوط و التذکره أنه کذلک أیضا، و فی الدروس أن فیه قوه لأن التأخیر لغرض لا یتضمن الترک بحیث ینافی الفوریه، إذ قد لا یسلم له الشقص المشفوع، مع فرض اقتضاء الأخذ دفع جمیع الثمن الذی قد یکون کثیرا

و يصعب عليه تدبيره فى تلك الحال، بل الأغراض كثيره فى عدم التعجيل مضافا إلى عدم دليل على الفوريه من النصوص على وجه ينافيه ذلک، فيبقى استصحاب بقائها بحاله.

و لكن فيه تردد و إشكال كما فى القواعد، لما تسمعه من الإجماع المحكى على الفوريه التى ينافيها ذلک، لتمكنه من الأخذ و لا أقل من الشك فى كون ذلک عذرا، فان ضرره لا يدفع بضرر المشترى.

على أنک قد عرفت مخالفه الشفعه للأصل، فينبغى الاقتصار فيها على اليقين، و لعله لذا ربما مال إليه بعض المحققين و إن كان الأقوى الأول، و لا يخفى عليک عدم جريان الفرع المزبور على المختار، و الله العالم.

[الفرع السادس لو أخذ الحاضر و دفع الثمن ثم حضر الغائب فشاركه و دفع إليه النصف ثم خرج الشقص مستحقا كان دركه على المشترى دون الشفيع الأول]

الفرع السادس لو أخذ الحاضر و دفع الثمن ثم حضر الغائب فشاركه و دفع إليه النصف مما دفع إلى المشترى (البائع خ ل) و هكذا ثم خرج الشقص مستحقا بعد أن ترتبوا فى الأخذ فالمشهور كما فى المسالک كان دركه على المشترى دون الشفيع الأول، لأنه كالنائب عنه أى المشترى فى الأخذ من الثانى، إذ الشفيع إنما يأخذ من المشترى لهم و إن أخذ بعضهم من بعض ظاهرا، أو كالنائب عن غيره من الشفعاء فى الأخذ من المشترى.

و على كل حال فلا درک عليه، لاستحقاقهم جميعا الشفعه على المشترى و إن ترتبوا فى الأخذ، فإن الترتب الذى قد عرفت كونه كالنيابه لا يغير هذا الحكم.

و لكن قد يناقش بأن ذلك لا ينطبق على قواعد الإماميه، إذ هو اعتبار محض، ضروره أن أخذ الثانى ليس مبنيا عندهم على أخذ الأول بل يفتقر إلى أخذ جديد و صيغه خاصه كالأول، و ملك الأول للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ من بعده، بل من حين الأخذ، و من ثم كان مجموع النماء المنفصل له، فكونه كالنائب فى محل المنع، و خصوصا فى عهده الثمن، فإن المشترى لم يتسلم من غير الأول شيئا، و إنما الأول أخذ من الثانى نصفه، فلا وجه لرجوعه به على المشترى.

و من هنا حكى عن بعض الشافعيه أن هذا الخلاف فى الرجوع بالمغروم من أجره و نقص قيمه الشقص، و أما الثمن فكل يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف، بل عن التذكره أنه المعقد، كما عن الكركى أنه استجوده، و فى المسالك استحسنه.

و لكن الإنصاف أن التفصيل المزبور لا يخلو من نظر أيضا، ضروره كون المفروض مع ملاحظه ملك كل منهم من الآخر حقيقه يكون كترتب المشترين بعضهم من بعض من غير فرق بين الثمن و غيره، و إلا كان كالنائب فيهما.

و لا يخفى عليك أن الأول أوفق بالقواعد، كما لا يخفى عليك سقوط الفرع المزبور على المختار، و الله العالم.

[الفرع السابع لو كانت الدار بين ثلاثه فباع أحدهم من شريكه استحق الشفعه الثالث دون المشترى]

الفرع السابع:

لو كانت الدار بين ثلاثه مثلا فباع أحدهم من شريكه ففى محكى الخلاف فى موضع منه و الدروس استحق الشفعه الثالث دون المشترى، لأنه لا يعقل أن يستحق الإنسان شيئا على نفسه و لظهور أدله الشفعه فى غيره أو صراحتها، فان

قوله (عليه السلام)(۱): «فشريكه أحق من غيره بالثمن»

صريح فى غير المشترى، إذ لا يصدق عليه نفسه أنه غيره.

مضافا إلى ظهورها أجمع فى تعدد المشترى و الشفيع و البائع على وجه يقتضى أن ذلك هو موضوع الشفعه الثابت من الشرع، لاشتمالها على ذكر ذلك فى مقام الضابط و البيان على نحو القيود التى تذكر فى التعريف، و حينئذ فاما أن يأخذ الجميع بها أو يترك لئلا تتبعض الشفعه.

و قيل و القائل الشيخ فى المحكى من مبسوطه و موضع من خلافه:

يكون بينهما و حينئذ فهو أى الشريك مخير بين أخذ نصف المبيع أو تركه لا جميعه كما فى المسالك و غيرها.

ثم قال فيها: «فان قال المشترى: خذ الكل أو اترك الكل و قد تركت أنا حقى لم يلزمه الإجابه، و لم يصح إسقاط المشترى الشفعه، لأن ملكه مستقر على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر و غائب فأخذ الحاضر الجميع ثم عاد الغائب، فإن له أن يأخذ نصفه، و ليس للحاضر أن يقول اترك الكل أو خذ الكل و أنا تركت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

حقى، و لا نظر إلى تبعض الصفقه عليه، فإنه لزم من دخوله فى هذا العقد».

قلت: قد يناقش بأن الشفعه من الأسباب الاختياريه فى نقل الملك لا القهريه، و حينئذ فمع فرض عدم اختيارها لا مانع من سقوطها، و استقرار ملكه على المشفوع من حيث الشراء لا ينافى سقوط استحقاقه إياه من جهه الشفعه، و حينئذ يكون بمنزله عفو أحد الشفيعين، فيلزم الثالث بأخذ الجميع أو تركه حذرا من تبعض الشفعه، إذ لا شفيع حينئذ غيره.

و على كل حال فقد مال إلى القول المزبور المصنف بقوله و لعله أقرب و نحوه الفاضل فى المختلف، بل فى جامع المقاصد أنه أصح، بل قيل إنه الظاهر من التذكره أيضا.

و كأنه لاشتراكهما فى العله الموجبه للاستحقاق، و لا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسببين: البيع و الشفعه، لأن علل الشرع و أسبابه معرفات فلا يمتنع أن يجتمع اثنان منها على معلول واحد، و لأن للشفعه أثرا آخر غير استحقاق الملك، و هو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعه، و هذا الأثر لا مانع منه.

إلاـ أن الجميع كما ترى بعد أن عرفت قصور أدله الشفعه عن ثبوتها فى الفرض، بل قيل: إن سبب الاستحقاق بالشفعه مترتب على سببه بالشراء و متفرع عليه، فليسا معلولى عله واحده حتى يقال: إنه لا يمتنع تملك الشقص بسببين، و إن علل الشرع لا يمتنع اجتماعها، بل إنما ملكه أولا بسبب الشراء، و بعد الشراء استحقه بالشفعه، فيعود المحذور من كونه يستحق تملك ملكه.

بل قيل: إنه على تقدير اجتماع العلتين بعد الشراء فأثرهما مختلف

لأن الشراء عله فى نقل الملك إليه من غيره، و الاستحقاق بالشفعه أثره قرار ملكه عليه، فأحدهما غير الآخر وجودا و أثرا.

و إن كان ذلک كله لا يخلو من نظر، ضروره عدم المنع من ترتب الملک على الشراء و ترتب الشفعه عليه، نحو الانعتاق للقريب المترتب على ملكه الحاصل بالشراء، لأن استحقاق الشفعه أمر غير الملک الحاصل من الشراء.

ثم إن الثمرات المترتبه على ذلک كثيره، فإن للشفعه أحكاما حتى مع الإقاله عن عقد البيع. فالعمده فى الجواب ما ذكرناه، و لولاه لاتجه ما ذكره الشيخ و الجماعه، و كأنهم غفلوا عن أن مفاد النصوص ما ذكرنا فلا موضوع للشفعه شرعا، لأن الفرض مشمول لنصوصها، و لكن المانع عدم تعقل استحقاق ذلک على ملكه حتى يتجه الجواب عنه بأنها معرفات لا علل تامه.

و من الغريب تسالمهم على ما ذكرناه فيما تقدم من أنه لو اشترى العامل ما فيه شفعه للمالک، معللين له بأن المالک يملكه بالشراء لا بالشفعه و قولهم هنا: إن الأقرب و الأصح و الأقوى صحه الشفعه للمشترى نفسه.

و مما ذكرنا يعلم أنه لا وقع لما أجيب عما ذكره المستدل بأن للشفعه أثرا آخر إلى آخره بأن استحقاق الملک و منع الشريک معلولا عله واحده، و هو استحقاق الشفعه، فيمتنع تخلف أحدهما عن الآخر، و قد امتنع أحدهما من جهه استلزامه المحال، فينبغى أن يمتنع الآخر إلا مع الدليل المقتضى لذلک.

و كيف كان فقد ظهر لک أن القول المزبور فى غايه السقوط و إن كان لما ذكرناه لا لما ذكروه مما هو واضح الاندفاع، و الله العالم.

[الفرع الثامن لو باع اثنان من ثلاثه صفقه فللشفيع أخذ الجميع]

الفرع الثامن:

لو باع اثنان من الشركاء مثلا ثلاثه مثلا صفقه فللشفيع أخذ الجميع و أن يأخذ من اثنين و من واحد، لأن هذه الصفقه و إن كانت واحده في الصوره إلا أنها بسبب تعدد البائع و المشترى بمنزله عقود متعدده فلا تبعيض للشفعه لو اقتصر على الأخذ من واحد فضلا عن الاثنين، إذ هى شفعات متعدده، كما لو باع كل واحد من كل واحد بصيغه مستقله.

و كذا لو كان البائع واحدا من اثنين كان له أى الشفيع أن يأخذ منهما أو من أحدهما لما عرفت.

و مثله ما لو كان البائع اثنين من واحد أو من اثنين كما قال المصنف:

و لو باع اثنان مثلا- من اثنين كان ذلك بمنزله عقود أربعه ضروره أن كل واحد منهما باعتبار بيعه لاثنين كان عقده بمنزله عقدين.

و حينئذ فللشفيع أن يأخذ الكل و أن يعفو و أن يأخذ الربع أو النصف أو ثلاثه الأرباع و لا يشاركه الأول فى شفعه الثانى و لا هما فى شفعه الثالث فيما لو أخذ الجميع دفعه أو ترتيبا على وجه لا- ينافى الفوريه أو قلنا بعدم اعتبارها، بناء على اعتبار بقاء الملك فى استحقاقها كما قدمناه سابقا، و إلا شاركه الأول فيهما و هما فى الرابع، و هو واضح.

كوضوح كون المسأله من أربعه و عشرين لو أخذ من الثانى خاصه و قلنا بقسمه الشفعه على السهام، و من اثنى عشر على القول بقسمتها على الرؤوس.

و من ثلاثين إن أخذ من الثالث و قلنا بالقسمه على السهام، و من ثمانيه عشر على القسمه على الرؤوس.

و تصح من ماءه و عشرين- بناء على احتمال مشاركه الأول للشفيع و إن زال ملكه- فى صوره ما لو كان للشفيع نصف العقار المشفوع و لشريكه الآخر الذى باع من الثلاثه نصفه، فباع من كل واحد منهم سدسا، و قلنا بكون الشفعه على حسب السهام.

أما على القول بأنها على عدد الرؤوس تصح من سته و ثلاثين كما أطنب فى بيان ذلك فى المسالك لما أجمله الفاضل و الكركى فى ضابط ذلك.

إلا أنه لا فائده مهمه فيه، و إنما المراد هنا بيان أنه لا تبعيض فى الشفعه مع تعددها بتعدد البائع و المشترى، بل قد يقال بتعددها أيضا بتعدد الثمن(۱)و إن كان البائع و المشترى و المبيع واحدا فى الظاهر.

و أولى من ذلك بالتعدد بيع الشقصين من دارين و إن كان البائع و المشترى واحدا.

و على كل حال فلا تبعيض فى ملك كل واحد من المشتريين الذى ملكه بعقد واحد حقيقه، بل هى فى الجميع شفعات متعدده و إن كان لا يخلو بعض الأفراد من نظر، خصوصا مع ملاحظه مخالفه الشفعه للأصل.

اللهم إلا أن يقال: إن الأدله مطلقه و المتيقن من تبعيض الشفعه الممتنع هو ما اقتضت الشفعه تفريق ملك الشخص الواحد الذى ملكه بجهه واحده دون غيره، و كأنه المراد من تبعض الصفقه هنا و لو بمعونه اتفاقهم ظاهرا على تعددها بالتعدد المزبور، فلا ينافى ذلك جريان حكم الصفقه الواحده فى غير الشفعه فى بعض الأفراد إن كان، و الله العالم.

و كيف كان ف- ليس للمشترين و لا لبعضهم

۱- ۱ و فى النسخه الأصليه المبيضه «الثمنين».

مع الشفيع شفعه، ل أن انتقال الملك إليهم دفعه، فيتساوى الآخذ و المأخوذ منه و من المعلوم نصا و فتوى أنه يشترط فى ثبوت الشفعه لأحد الشريكين على الآخر تقدم ملك المستحق على المستحق عليه و هو منتف هنا فى المشترين بعقد واحد.

نعم لو كانوا مترتبين ثبت لبعضهم فى الجمله كما لو باع الشريك حصته من ثلاثه فى عقود متعاقبه، فله أى الشفيع أن يأخذ الكل و أن يعفو و أن يأخذ من البعض دون الآخر، لما عرفته من تعدد الشفعه بتعدد المشترين. ف لا تبعيض.

لكن إن أخذ من الأول لم يشاركه الثانى و الثالث لعدم شركه لهما فى وقت شراء الأول، فلا شفعه لهما.

و كذا لو أخذ من الأول و الثانى لم يشاركه الثالث و ذلك لعدم شركه له وقت شرائهما. نعم لو عفا عن الأول و أخذ من الثانى شاركه الأول لسبق شركته و استقرار ملكه بالعفو.

و كذا لو أخذ من الثالث و عفا عن الأولين شاركه الأول و الثانى، لاستقرار ملكهما بالعفو.

(۱۱) و احتمال عدم مشاركه السابق فى شفعه اللاحق- لأن ملكه حال شراء الثانى و إن كان حاصلا قبل شراء اللاحق و مستقرا عند الأخذ بالعفو المفروض إلا أن ملكه حال شراء اللاحق كان مستحقا لأن يؤخذ بالشفعه، فلا يكون سببا فى استحقاقه إياها- يدفعه أن ذلك لا يخرجه عن كونه مالكا و شريكا على وجه يندرج فى إطلاق الأدله، بل لعل مقتضاه ثبوتها له أو لهما و إن لم يعف، لعدم الدليل على اعتبار استقرار الملك حال أخذ الشفعه، بل إطلاق الأدله ينافيه، فتثبت لمن كان ملكه مشتملا على خيار لغيره قبل أن يفسخ ذو الخيار.

اللهم إلا أن يقال: إن الشفعه على خلاف الأصل، و المتيقن ثبوتها لمن لم يكن حال حقه متعلق الشفعه، و من هنا اعتبر المصنف العفو.

هذا و قد تقدم لنا فى بحث ثبوت الشفعه مع الكثره(۱)ما له نفع فى المقام عند تعرضنا لمانعيه الكثره اللاحقه، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[الفرع التاسع لو باع أحد الحاضرين و لهما شريكان غائبان فالحاضر هو الشفيع فى الحال]

الفرع التاسع:

لو باع أحد الحاضرين و لهما شريكان غائبان ف قد عرفت فى المسأله الأولى ما اختاره المصنف و الجماعه من أن الحاضر هو الشفيع فى الحال، إذ ليس غيره حاضرا فإذا أخذ و قدم أحد الغائبين شاركه فيما أخذ الحاضر بالسويه لأنهما لا شفيع غيرهما، أو يأخذ مقدار حصته على حسب ما عرفته سابقا.

و لو قدم الآخر شاركهما فيما أخذا فيكون له ثلث ما حصل لكل واحد منهما كما تقدم الكلام فى ذلك كله مفصلا. و الله العالم.

[الفرع العاشر لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما و ورثه ابنان فباع أحد الوارثين كانت الشفعه بين العم و ابن الأخ]

الفرع العاشر:

لو كانت الدار بين أخوين مثلا فمات أحدهما و ورثه ابنان (له خ) فباع أحد الوارثين نصيبه كانت الشفعه بين العم و ابن الأخ، لتساويهما فى الاستحقاق على وجه كانا شريكين بالسويه و إن اختلف سبب الملك الذى لا مدخل له فى استحقاق الشفعه.

۱- ۱ المتقدم فى ص ۲۷۲- ۲۷۹.

خلافا لبعض العامه فجعلها مختصه بابن الأخ، لأن ملكه أقرب باعتبار اتحادهما فى سبب الملك الذى هو الإرث، و لهذا لو ظهر دين على أبيهما بيع ملكهما فيه دون العم.

و هو كما ترى، ضروره عدم مدخليه ذلك فى استحقاق الشفعه التى عنوان ثبوتها تحقق الشركه الثابته هنا بين العم و ابن الأخ و إن اختلف السبب. و كذا الحكم لو كان وارث الميت جماعه إذ لا فرق على التقديرين بين الواحد و الجماعه، كما هو واضح، و الله العالم.

[المقصد الثالث فى كيفيه الأخذ]

اشاره

المقصد الثالث فى كيفيه الأخذ و إشكال كما لا خلاف فى أنه يستحق الشفيع الأخذ من المشترى بالعقد و انقضاء الخيار لهما أو لأحدهما أو لأجنبى لأنه وقت اللزوم المتيقن من ثبوت الشفعه المخالفه للأصل، بل عن الخلاف و المبسوط و المهذب و الغنيه لا- شفعه فى البيع الذى فيه الخيار للبائع أو لهما، لأن الملك لم يزل عن البائع، أما ما لا خيار فيه أو فيه الخيار للمشترى وحده ففيه الشفعه، لأن الملك قد انتقل عن البائع و صار للمشترى، و هو المحكى عن أبى على، بل فى التحرير فيه قوه، لأن فى

الأخـذ إسـقاط حق البائع و إن قال بعـد ذلك: «إنا فى ذلك من المتوقفين» نعم فى الإرشاد يسـتحق الشـفيع الأخـذ بالعقد، و إن اشتمل على خيار البائع فبعد انقضائه.

و قيل و القائل الحلى و الفاضل و ولده و الشـهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضـهم: يسـتحق الأخذ بنفس العقد و إن لم ينقض الخيـار، بنـاء على أن الانتقـال يحصـل بالعقـد، و هو أشـبه بإطلاـق أدله الباب، بل لا خلاف فيه فى الحقيقه إلا من الفاضل فى الإرشاد بعد أن كان مبنى الأول عدم الانتقال الذى قد عرفت فساده فى محله.

بل قد يقال: إن مقتضـى إطلاق أدله الشفعه ثبوتها ببيع الشريك و إن لم نقل بالانتقال إلى المشترى، إذ لعل تهيؤ ذلك له كاف فى ثبوتها.

و أما احتمال كون المانع أنه ليس له أخذ العين قبل الخيار- كما تسـمع حكايته فى الروضه عن بعض- فمع أنا لم نتحققه واضح المنع، فان حق الخيار لا يمنع من الأخذ كما فى غير المقام.

و كذا احتمال أن المانع اقتضاء الأخذ سـقوط خيار البائع الثابت بأصل العقد، كما سـمعته من تعليل التحرير، ضـروره اندفاعه بأن ذلك ليس بأولى من القول بمنع سـقوطه، بل يبقى الأخـذ حينئذ مراعى بالفسخ فيبطل، و عدمه فيثبت، كما هو خيرته فى غيره و ولده و الكركى و ثانى الشـهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، و إن قال فى الدروس بعد أن حكاه عن الفاضل: «لا أعلم به قائلا» إلا أن ذلك غير قادح بعد اقتضاء الدليل له، و هو استصحاب بقائه.

نعم قد يناقش بأن ذلك إنما يقتضى فسخ ملك العقد ذى الخيار(۱)

۱- ۱ هكذا فى النسخه الأصليه، و العباره غير واضحه، و المراد:« انما يقتضى فسخ الملك الحاصل من عقد ذى الخيار».

لاـ الملک الحاصل بسبب آخر الـذی مقتضـی الاستصحاب و إطلاق الأدله لزومه، لأنه متعلق بالعقـد دون العین، فالجمع بینهما ببقاء خیاره، و استحقاقه القیمه علی المشتری، کما لو تلفت العین أو تصرف المشتری.

فیها تصرفا لازما، کما حققناه فی محله.

و لعل القائل بسـقوطه کما عن ابن إدریس یریـد هذا المعنی، و إلا فلا معنی لسـقوطه بفعل غیره، و الخروج عن الملک لا ینافی بقاؤه إلا أنی لم أجد هنا من احتمله.

و لعل وجه ما ذکروه من المراعاه أن الشـفیع بشـفعته صار بمنزله المشتری، ففی الحقیقه ملکه بالعقـد الأول الـذی فیه الخیار، بل فی بعض

النصوص(۱)«لیس للشفیع إلا الشراء و البیع الأول»

هذا کله فی خیار البائع خاصه أو مع المشتری و الأجنبی.

أما لو کان الخیار للمشتری خاصه فإنه یستحق الأخذ بالشفعه بنفس العقد بلا خلاف کما فی المسالک، بل عن الکفایه الإجماع

علیه، و التذکره أنه مذهبنا، و لعلهلتحقق الانتقال بذلک عند الشیخ و من عرفت، کما حکی عنه التصریح بذلک فی المقام.

لکن عن خیار خلافه أنه قال: «ینتقل عن البائع بنفس العقد، و لکن لا ینتقل إلی المشتری أیضا حتی ینقضـی الخیار، فإذا انقضی ملک المشتری بالعقد الأول» و حینئذ یتجه قوله بعدم الشفعه هنا، لعدم انتقال الملک إلی المشتری لیؤخذ منه بالشفعه، إلا أنه لما حکم بثبوت الشـفعه هنـا لو کـان الخیـار للمشتری و رجع عن ذلـک القول و لم یقـل غیره بـذلک القول لم یتحقق الخلاـف فی المسأله زیاده علی التفصیل المذکور.

و أما خیار المشتری ففی المسالک «أن ظاهرهم سقوط خیاره» و إن

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

كنا لم نتحققه، بل ظاهر كلامه فى الروضه خلافه، لانتفاء الفائده فى فسخه، بخلاف فسخ البائع، لأن غرضه على تقدير الفسخ حصول الثمن، و قد حصل من الشفيع.

و لكن فى الدروس «و يلزم على قول الفاضل- أى المزبور- أن تكون المطالبه مراعاه» و فى المسالك «و اللزوم غير واضح، للفرق بين الأمرين بما ذكرناه من حصول الفائده للبائع لا للمشترى، إلا أن يقال بأن المشترى يتعلق غرضه فى الخيار بغير الثمن، كما إذا أراد أن يدفع دركه عنه، و يمكن على هذا أن يراعى سقوط خياره باشتراط سقوط الدرك عنه، مع أنهم حكموا بأنه ليس للمشترى الرد بالعيب لو رضى الشفيع بالعيب، مع أن فيه الدرك، فليكن هنا كذلك».

قلت: هو حاصل ما فى الدروس، فإنه بعد أن ذكر لزوم المراعاه على قول الفاضل قال: «و يمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشترى، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع، و لأن الغرض الثمن و قد حصل من الشفيع، إلا أن يجاب بأن المشترى يريد دفع الدرك».

و لكن لا يخفى عليك ما فى الجميع، ضروره عدم مدخليه حصول الفائده و عدمها فى ثبوت الحق مع فرض اقتضاء إطلاق الأدله و الاستصحاب بقاءه، و عدم الرد بالعيب مع فرض أخذ الشفيع و رضاه به أنه انتقل الملك عنه، و لا تسلط له على فسخه، فيتعين له الأرش، و لكن الأصل براءه الذمه منه هنا بعد أخذ الشفيع بالثمن الذى اشتراه، فلم يلحقه منه ضرر.

فالتحقيق بقاء ماله من الخيار الذى لا يبطل بأخذ الشفعه، كخيار الشرط و نحوه مثلا، فيفسخ حينئذ إن شاء، و يدفع القيمه أو المثل كما فى غير الفرض، إلا أنى لم أجد أحدا احتمل هذا هنا، و كذا ما ذكرناه سابقا و إن كان هو مقتضى قواعد الخيار، فلاحظ و تأمل.

نعم فی اللمعه و الروضه و یستحق الأخذ بالشفعه بنفس العقد و إن كان فیه خیار بناء علی انتقال المبیع إلی ملک المشتری به، فلو أوقفناه علی انقضاء الخیار کالشیخ توقف علی انقضائه.

و علی المشهور لا- یمنع الأخذ من التخایر، لأصاله بقاء الخیار، فان اختار المشتری أو البائع الفسخ بطلت الشفعه و إلا استقر الأخذ، و جعل بعض الأصحاب الأخذ بعد انقضاء الخیار مع حکمه بملکه بالعقد، نظرا إلی عدم الفائده به، إذ لیس له انتزاع العین قبل مضی مده الخیار، لعدم استقرار ملکه.

و الظاهر أن ذلک جائز لا لازم، بل یجوز قبله و إن منع من العین، و الفائده تظهر فی النماء و غیره.

و احتمل المصنف فی الدروس بطلان خیار المشتری بالأخذ، لانتفاء فائدته، إذ الغرض الثمن، و قد حصل من الشفیع، کما لو أراد الرد بالعیب فأخذ الشفیع.

و یضعف بأن الفائده لیست منحصره فی الثمن، فجاز أن یرید دفع الدرک عنه.

و لا یخفی علیک بعد الإحاطه بما ذکرناه هنا و فی بحث الخیار ما فیه من محال النظر.

و کیف کان فمما ذکرنا یظهر لک ثبوت الشفعه للمشتری الأول الذی فرض وجود الخیار لبائعه لو لم یأخذ شفیعه بالشفعه بل باع شقصه من آخر، للاندراج فی إطلاق الأدله، فإن فسخ بائعه بعد الأخذ فمشفوعه له، و إن فسخ قبله فلا شفعه للبائع قطعا، لتجدد ملکه حین الفسخ.

و أما المشتری فقد ذکرنا قوه سقوطها منه أیضا اقتصارا فی ثبوت الشفعه المخالفه للأصل علی المتیقن الذی هو وجود الملک وقت الأخذ،

کوقت البیع، مع أنه احتمله غیر واحد للأصل، و لکن الأقوی الأول کما عن الکرکی التصریح به.

هـذا و لاـ یتوهم من ذکر العقـد فی المتن و غیره اعتبار کون البیع بصـیغته فی ثبوت الشـفعه، إذ الظاهر ثبوتها بالمعاطاه بناء علی إفادتهـا البیع و إن کـان متزلزلاـ لإطلاـق الأـدله، و یأتی البحث فی الفسـخ من البائع أو المشتری بعـد الأخـذ نحو ما سـمعته فی الخیار، و الله العالم.

و لیس للشـفیع تبعیض حقه إذا کان انتقاله إلی المشتری علی الوجه الذی قدمناه فی الفرع الثانی، کما صـرح به الشیخ و الفاضل و الشـهیدان و الکرکی و غیرهم، بل لا أجد فیه خلافا و إن ترک التعرض له جماعه، بل قد سمعت ما فی التذکره فی الشفعه فی الـدار بالشـرکه فی الطریق الواسع، لکنه لیس خلافـا فی المسـأله، للضـرر بـالتفریق الـذی ینـافی حکمه مشـروعیه الشـفعه، و لأنه المنساق من

قوله (علیه السلام)(۱): «فشریکه أحق به من غیره بالثمن».

بـل لاـ یبعـد کونهـا من قبیـل حق القصاص الـذی لا یقبل التجزئه، فلا یصـح و إن رضـی المشتری، خصوصا مع ملاحظه مخالفه الشفعه للأصل التی ینبغی الاقتصار فیها علی المتیقن بعد الشک فی الإطلاقات و العمومات و لو للمفروغیه منه عند الأصحاب.

و حینئـذ فـ- یأخـذ الجمیع و یـدع بـل لو قـال: «أخـذت نصف الشـقص خاصه» بطلت شـفعته فی الجمیع، لأن العفو عن البعض یبطلها حینئذ، بل صرح الفاضل و الکرکی و ثانی الشهیدین ببطلانها لو قال:

«أخذت نصف الشقص» و إن لم یقل: «خاصه» للتبعیض و فوات الفوریه، کما عن محمد بن الحسن الشیبانی.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲ و الباب- ۲- منه- الحدیث ۱.

خلافا للمحكى عن أبى يوسف من الصحه فى الجميع، لاستلزام أخذ البعض أخذ الجميع، لعدم صحه أخذه وحده، و فيه منع واضح.

نعم قد يقال بالصحه مع فرض عدم فوات الفوريه و لو بقول وكيله مقارنا لقوله: «و أخذت النصف الآخر له» و قد أشار إلى ما ذكرنا فى الدروس، قال: «لو قال: أخذت نصف الشقص خاصه بطلت، لأن العفو عن البعض يبطلها، و يحتمل أن يكون ذلك أخذا للجميع، و لو اقتصر على قوله: أخذت نصفه فوجهان و أولى بالبقاء، لأن أخذ البعض لا ينافى أخذ الكل إلا أن يؤدى إلى التراخى» و إن كان لا يخفى عليك ما فى احتماله فى الصوره الأولى المفروض فيها التصريح بالبعض خاصه، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف بين الخاصه و العامه نصا(۱)و فتوى فى أن الشفيع يأخذ ب مثل الثمن الذى وقع عليه العقد لا أزيد من ذلك و إن كان قيمه الشقص أكثر أو أقل.

و لاـ يلزمه ما يغرم المشترى من دلاله أو وكاله أو غير ذلك من المؤن التى هى ليست من الثمن و إن كانت من توابعه، نعم هو ظاهر فيما لو كان مثليا، أما القيمى فستسمع الكلام فيه مفصلا إنشاء الله تعالى.

و حينئذ ف- لو زاد المشترى فى الثمن بعد العقد و انقضاء الخيار لم تلحق الشفيع الزياده لعدم كونها من الثمن بل كانت هبه من المشترى للبائع فلا يجب على الشفيع دفعها للأصل و ظهور النص(۲)و الفتوى فى أنه ليس عليه إلا الثمن.

نعم لو كانت الزياده فى زمن الخيار قال الشيخ: تلحق بالعقد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب الشفعه- الحديث ۱ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۰۴.
۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب الشفعه- الحديث ۱ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۱۰۴.

لأنها بمنزله ما يفعل فى العقد و الشفيع يأخذ بالثمن الذى يستقر عليه العقد.

و كذا الكلام فى النقيصه، قيل: و هو مبنى على مذهبه السابق من عدم الانتقال إلا بانقضاء الخيار.

و نوقش بأنه لو كان كذلك لخص الحكم بما إذا كان الخيار للبائع لاعترافه هنا

بالانتقال إذا كان للمشترى خاصه و إن صرح بالتعميم فى البيع، و تعليله الحكم هنا بالاستقرار لا يدل على البناء على مذهبه، بل لعله ظاهر فى خلافه، و احتمال بناء ذلك على مذهبه فى البيع يزيد فى الاضطراب، لتصريحه هنا بالانتقال، مع أنه لا داعى له.

بل لعل قول المصنف و هو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد ظاهر فى عدم البناء على ذلك، و إلا لكان مردودا لا مشكلا إذ أشكاله لا يكون إلا على معنى أنه لا يتم إطلاقه الإلحاق على تفصيله فإنه مع الانتقال للمشترى لا ينبغى أن تلحق الزياده و لا النقيصه، كما أنه لا يتم على القول بالانتقال فى الحالتين.

و لعل الأولى أن يقال: إن الثمن عرفا ما وقع مدخولا للباء فى العقد، سواء قلنا بالانتقال و عدمه. خلافا للشيخ، فجعله أعم من ذلك و من المبذول فى زمن الخيار مطلقا، بدعوى كون الثمن لما يدفع قبل استقرار العقد و إن كانت ممنوعه عليه، و الأمر سهل بعد وضوح الحال.

و كذا لو حط البائع من الثمن بعد العقد لم يلحق ب الثمن فى العقد مطلقا أيضا كالزياده، لما عرفته من أن مدخول الباء، و الله العالم.

و لا يلزم المشترى دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذى وقع عليه العقد أولا، كما صرح به فى القواعد و اللمعه و الروضه

و محکی المبسوط، بل هو صریح المصنف فیما یأتی.

إلاـ أنه أشکل بمنافاته لمقتضی المعاوضه، و هو التقابض، و دفع بأنها معاوضه قهریه، فجبروهن قهر المشتری بتسلیم الثمن، بخلاف البیع فان مبناه علی الاختیار فلم یکن أحد المتبایعین، أولی بالبدأه من الآخر، إلا أنها کما تری مجرد اعتبار لا یناسب مذاق الإمامیه.

و من هنا قال فی المسالک: «لو قیل بالتقابض کان وجها» تبعا لما فی جامع المقاصد من أنها معاوضه یجب فیها التسلیم و التسلم دفعه واحده، و الأصل عدم وجوب التقدم فی التسلیم علی أحد بخصوصه، نعم إن تم اشتراط تسلیم الثمن فی حصول الملک بالأخذ ثبت وجوب هذا.

قلت: یمکن أن یکون مدرکه

قوله (علیه السلام)(۱): «فهو أحق بها من غیره بالثمن»

بناء علی أن المراد من کونه أحق من غیره مع دفع الثمن.

بل قد یقال: إن منه یستفاد مدخلیه دفع الثمن فی حصول الملک أو فی استحقاق الأخذ بالشفعه، فلا وجه لوجوب التقابض هنا بعد توقف ملک الشفیع أو استحقاقه الأخذ بالشفعه علی دفع الثمن، کما سمعت الاعتراف به من الکرکی.

و من الغریب ما سمعته من المسالک مع میله إلی عدم تمامیه ملک الشفیع بدون الدفع المزبور، قال متصلا بما سمعته منه: «و اعلم أن الملک للشفیع یحصل بالأخذ قبل دفع الثمن، کما أن الملک یحصل فی البیع بالعقد، و وجوب التسلیم حکم آخر بعد، و هل الحکم هنا کذلک بمعنی عدم توقف الملک علی التقابض أم لا یتم ملک الشفیع هنا بدون تسلیم الثمن؟ لیس فی عباره المصنف ما یدل علی زیاده علی الأول، و ذهب

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱ و الباب- ۷- منه- الحدیث ۲.

بعضـهم إلى الثانى، و ليس بـذلك البعيـد، ثم على تقديره هل يكون دفع الثمن جزء من السـبب المملك أم كاشـفا عن حصول الملك بالأخذ القولى؟

وجهان أجودهما الثانى، و تظهر الفائده فى النماء المتخلل» بعد الإغضاء عما فى أول كلامه و أثنائه من التنافى ظاهرا.

و فى مجمع البرهان «لا بـد- أى فى الملك- من الأخـذ، و هو إما بالفعل أو القول، كما تقـدم عنـد علمائنا، ذكره فى التذكره» و الـذى ذكره سابقا أنه «يأخذ إما بالفعل بأن يأخذ الحصه بدفع الثمن إلى المشترى أو يرضـى بالصبر فيملكه، و إما باللفظ، كقوله: أخذت و تملكت و نحو ذلك» إلى آخره.

و فى محكى الغنيه و السـرائر ما لفظه «و اشترطنا عدم عجزه عن الثمن لأنه إنما يملك الآخذ إذا دفع إلى المشترى ما بذله للبائع، فإذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعه» بل قيل: إن ظاهر الأول أو صريحه أنه لا خلاف فيه.

و الأصـل فى المسأله ما فى قواعـد الفاضل، فإنه بعـد أن ذكر ملك الشـفيع الآخـذ بالعقـد قال: «و هو قـد يكون فعلا بأن يأخـذه الشفيع و يدفع الثمن أو يرضى المشترى بالصبر فيملكه حينئذ، و لفظا كقوله:

أخـذته أو تملكته و مـا أشـبه ذلـك من الألفاظ الـداله على الأخـذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر، و ظاهره انحصار المملك فى ذلك، فلا يكفى حينئذ الأخذ القولى من دون دفع الثمن.

و لكن قال فى التحرير: «يملك الشفيع الشقص بأخذه و بكل لفظ يدل على أخذه» و لم يتعرض لدفع الثمن فيهما.

و قال فى الـدروس: «لا يملك الشـفيع بالمطالبه و لا بدفع الثمن مجردا عن قول حتى يقول: أخذت الشـقص أو تملكت بالثمن و شبهه

إلى أن قال: و لو رضى المشترى بتأخير الثمن ملك بالأخذ، و له التصرف أيضا».

و فى جامع المقاصد «أن اشتراط دفع الثمن فى حصول الملك لا دليل عليه، و الأصل عدمه، و الشفعه فى معنى المعاوضه، إذ هى من توابع العين، و دفع أحد العوضين غير شرط فى تملك الآخر، و لأنه لو كان الدفع شرطا لوجب أن يكون فوريا كالأخذ، فتبطل الشفعه بدونه مع التمكن، و إمهال الشفيع ثلاثه أيام قد يدل على خلاف ذلك، و ليس فى النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور، و الذى فى

روايه ابن مهزيار(۱)«إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه أيام إن أتاه بالمال و إلا فليبع و بطلت شفعته فى الأرض»

و ليس كلام الأصحاب صريحا فى اشتراط ذلك» ثم حكى عن التذكره ما هو ظاهر أو صريح فى عدم اعتبار دفع الثمن فى الملك بالأخذ القولى.

قلت: بل عن المبسوط فى آخر الباب التصريح أيضا بأنه لا يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن فى حصول الملك، لكن الإنصاف أن كلامهم غير منقح فى المقام.

و الذى يقع فى الذهن راجيا من الله تعالى أن يكون هو الصواب هو أن الشفعه من الحقوق كالخيار و نحوه، لا المعاوضات المحتاجه للتقابض، كما عساه يشهد له ما تسمعه من الأصحاب فيما يأتى من أنه لا يكلف المشترى قبض الشقص من البائع إن لم يكن قد قبضه و تسليمه للشفيع، بل و يشعر به أيضا

قوله (عليه السلام)(۲): «فهو أحق به من غيره».

و حينئذ فالمتجه حصوله و إسقاطه بالفعل و القول على نحو الخيار،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

فلا إشكال فی تحقق الأخذ بالشفعه مع التخلیه من المشتری و القبض من الشفیع

مع دفع الثمن منه أو الرضا بالصبر علیه.

فما عساه یتوهم من عباره الدروس السابقه من اعتبار القول فی غیر محله، ضروره صدق الأخذ بالشفعه التی هی عباره عن استحقاق انتزاع حصه الشریک.

کما أنه لا إشکال فی تحققه أیضا باللفظ مع الدفع المزبور أو الرضا بالصبر، نعم یشترط لأصل الأخذ بهذا الاستحقاق إحضار الثمن، فان ادعی غیبته أجل الأجل المزبور، و بدونه لا أثر للأخذ بالاستحقاق المزبور لا قولا و لا فعلا، و هو معنی ما سمعته من الغنیه و السرائر.

بل یمکن حمل عباره المتن و ما شابهها علی ذلک، بل و روایه علی ابن مهزیار(۱)أیضا، و حاصله أن الشفعه التی هی عباره عن الاستحقاق المزبور یعتبر فی الأخذ به ذلک؛ فلا أثر للأخذ به بدونه إلا مع الرضا بالصبر، أو ادعی غیبه الثمن، فیؤجل ثلاثه أیام کما عرفته سابقا، و لا ینافی ذلک حصول الملک بعده، بل و لا الفوریه التی یعد مثل ذلک عذرا فیها.

بل قد یدعی أن ذلک من تمام ثبوت الاستحقاق، علی معنی أن الأحقیه المزبوره لا تتحقق إلا مع دفع الثمن علی الوجه المزبور، نحو اشتراط الخیار برد الثمن.

بل یمکن إراده هذا المعنی من

قوله (علیه السلام)(۲): «فهو أحق به من غیره بالثمن»

علی معنی أنه مع دفعه للثمن هو أحق من غیره، و حینئذ فیقید الإطلاق إن کان بما ذکرنا، مثل

قوله (علیه السلام)(۳):

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

«وصی الیتیم بمنزله أبیه یأخذ له بالشفعه»

الذی هو غیر منساق لبیان ذلک.

و کذا إطلاق ما دل علی ثبوت الشفعه ببیع الشریک و إن أید بدعوی أن الأصل تسلط الناس علی حقوقهم کأموالهم، فله الأخذ بحقه، و الأصل عدم الاشتراط.

إذ قد عرفت أن المجتمع من النص و الفتوی ثبوت الشفعه مع الحال المزبور دون غیره، کما عرفت سابقا أن الأصل عدمها بعد الشک فی تناول الإطلاق، فضلا عن الظن بتوقف الأحقیه علی دفع الثمن أو عدم ترتب الأثر علی الأخذ به بدونه و لو

من فتاوی الأصحاب و استبعاد تملک الشفیع الشقص بقول: «شفعت» و هو غائب لا یتمکن من دفع الثمن و لو بالتوکیل، بل یمکن القطع بعدمه، کما أنه یمکن القطع بعدم وجوب القول المزبور علی الغائب غیر المتمکن و المحبوس کذلک، و لو کان ذلک أخذا للشفعه لوجب المبادره إلیه، إلی غیر ذلک مما یظهر بالتأمل، و الله العالم.

و لو اشتری شقصا و عرضا فی صفقه أخذ الشقص خاصه بالشفعه بحصته من الثمن بلا خلاف و لا إشکال، بل الإجماع بقسمیه علیه، کما تقدم الکلام فی ذلک مفصلا.

و ذکرنا هناک أیضا أنه لا یثبت بذلک للمشتری خیار لإقدامه، و لأن استحقاق الشفعه تجدد فی ملک المشتری فلم یحصل شرط خیار تبعیض الصفقه الذی هو کون التبعیض فی العقد نفسه.

و من هنا لا فرق فی ذلک بین الجاهل و العالم، کما هو مقتضی إطلاق المصنف و غیره، لکن فی مجمع البرهان «یمکن ذلک إذا ادعی کونه جاهلا و قبل منه، فیثبت له الخیار و إلیه أشار المحشی» و لا یخفی علیک ما فیه، و الله العالم.

و کیف کـان فلاـ خلاـف و لاـ إشـکال فی أنه یـدفع الشـفیع مثـل الثمن إن کـان مثلیا کالـذهب و الفضه و غیرهما، بل الإجماع بقسـمیه علیه، بـل المحکی منهمـا مسـتفیض أو متواتر، مضافـا إلی أنه المـتیقن من المروی فی نصوص الفریقین(۱)من أنه یأخذ بالثمن بعد القطع بعدم إراده نفس الثمن الذی ملکه البائع و لا تسلط للشفیع علیه.

إنمـا الکلاـم إن لم یکن له أی الثمن المـدفوع للبـائع مثـل کـالحیوان و الثوب و الجوهر و غیرهـا من القیمیات ف- قیل و القائل الشیخ فی الخلاف و ابن حمزه و الفاضل فی المختلف و الکرکی و الخراسانی فی الکفایه علی ما حکی عن بعض تسقط الشفعه لتعذر المثلیه المعتبره فی الشفعه و لروایه علی بن رئاب(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) الآتیه.

بـل قیـل: إنه ظـاهر الإیضـاح؛ و مـال إلیه فی التحریر و مجمع البرهان و هو المحکی عن الطبرسـی، و أنه یشـعر به کلام النهایه و المهذب، بل فی الدروس أنه و القول الآتی مشهوران، بل فی الخلاف علیه إجماع الفرقه و أخبارهم.

و قیل و القائل الشیخان فی المقنعه و المبسوط و أبو الصلاح و ابنا زهره و

إدریس و الآبی و الفاضل فی التذکره والإرشاد و التبصره و الشهیدان و المقداد و أبو العباس: لا تسقط الشفعه، بل یأخذها بقیمه العرض (۱۱) بل فی المسالک و غیرها أنه مذهب الأکثر، و فی الریاض تاره نسبه إلی الشهره العظیمه و اخری أنه أشهر، بل لعل علیه عامه من تأخر إلا من ندر ممن تأخر عمن تأخر و إن کان فیه ما فیه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۰۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

نعـم هی وقت العقـد أو وقت الأخـذ أو أعلی القیم من وقت العقـد إلی وقت الأخـذ؟ المعروف فیمـا بینهم الأـول، بـل لم نعرف القائل بالثانی و إن حکی.

أمـا الثـالث فهو المحکی عن الفخر، و الموجود فی الإیضـاح إلی وقت الـدفع، محتجا علیه بأنه أخـذ قهری کالغصب. و فیه ما لا یخفی فی المقیس و المقیس علیه. و من هنـا قال فی غایه المراد: «إنه لا وجه له» بل جعل الثانی کـذلک أیضا، و هو فی محله و إن رماهما غیره بالضعف.

و قیل کما عن أبی علی: لا شـفعه إلا أن یأتی الشفیع بعین الثمن و فی الدروس أن فی روایه هارون الغنوی(۱)إلماما به، لکن فی الإیضاح أن الإجماع علی خلافه.

و علی کل حال ف- هو أی القول الثانی أشبه عند المصنف بإطلاق نصوص الباب وفاقا لمن عرفت.

و لکن الإنصاف أن الأول أقوی، و لو للشک من تعارض الأدله، و قد عرفت أن الأصل عدم الشـفعه، إذ حجه الأول- مضافا إلی الإجماع المزبور و الأخبار التی أرسـلها الـذی لا یقـدح فی حجیته فتواه فی المبسوط المتأخر عنه بخلافه المحتمل کونه عن غفله أو غیرها- خبر علی بن رئاب(۲)الذی قیل إنه رواه فی الفقیه و فی قرب الاسناد فی الصحیح و فی التهذیب فی

الموثق عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی رجل اشتری دارا برقیق و متاع و بر و جوهر، قال: لیس لأحد فیها شفعه»

و خبر هارون و غیره مما هو مروی عند الطرفین(۳)من أن «الشریک أحق من غیره بالثمن»

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱ و سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۰۴.

الذی لا یصدق عرفا علی القیمه.

بل فی

مرسل ابن محبوب[(۱)]«کتبت إلی الفقیه (علیه السلام) فی رجل اشتری من رجل نصف دار مشاعا غیر مقسوم، و کان شریکه الذی له النصف الآخر غائبا، فلما قبضها و تحول عنها انهدمت الدار و جاء سیل خارق فهدمها و ذهب بها، فجاء شریکه الغائب فطلب الشفعه من هذا، فأعطاه الشفعه علی أن یعطیه ماله کملا الذی نقد فی ثمنها، فقال: ضع عنی قیمه البناء، فان البناء قد تهدم و ذهب به السیل، ما الذی یجب فی ذلک؟ فوقع (علیه السلام): لیس له إلا الشراء و البیع الأول إنشاء الله تعالی».

و من المعلوم عدم صدق ذلک علی القیمی، بل قد سمعت أن أبا علی اعتبر فی الشفعه عین الثمن التی دفعها جمودا علی حقیقه اللفظ، و إن کان یمکن دعوی القطع بخلافه و أن المراد المثل.

و ما فی المسالک- من أنه «بعد تعذر العلم بعدم إراده الحقیقه فالواجب أقرب المجازات إلیها بحسبها، فان کان مثلیا فالأقرب إلیه مثله، و إن کان قیمیا فالأقرب إلیه قیمته، و هذا واضح، أما اختصاصه بالمثلی فلا، إذ لو کان الثمن قیمیا فلا بد من اعتبار مجازه حیث لا تراد الحقیقه، و إلا لزم اختصاص الحکم بالحقیقه، فیرد مثله فی المثلی، لأن

المثل لیس بحقیقه»- یدفعه تعارف التجوز برد الثمن لو رد المثل فی المثلی، و أنه البیع و الشراء الأول کما سمعته فی المکاتبه[(۲)]بخلاف القیمی، فتختص الروایه حینئذ الوارده فی بیان محل الشفعه علی وجه یراد منها القیدیه فی جمیع ما ذکر فیها، کالمتعارف فی التعاریف بالمثلی دون القیمی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

الذى لم يدخل فيها حتى يحتاج إلى اعتبار مجازه.

و منه يعلم ما فى حملها على الغالب من كون قيمه الدار و نحوها المثلى و كذا ما فيها أيضا من المناقشه فى الأولى بضعف السند، لأن فى طريقه الحسن بن سماعه و هو واقفى.

قال: «و العجب من دعوى العلامه فى التحرير صحته مع ذلك، و دلالته على موضع النزاع ممنوعه، فان نفى الشفعه أعم من كونه بسبب كون الثمن قيميا أو غيره، إذ لم يذكر أن فى الدار شريكا فجاز نفى الشفعه لذلك عن الجار و غيره، أو لكونها غير قابله للقسمه، أو لغير ذلك. و بالجمله فإن المانع من الشفعه غير مذكور، و أسباب المنع كثيره فلا وجه

لحمله على المتنازع أصلا. و العجب مع ذلك دعوى أنه نص فى الباب مع أنها ليست من الظاهر فضلا عن النص.

إذ لا يخفى عليك (أولا) أنها مرويه فى الفقيه و غيره فى الصحيح و (ثانيا) أنها على ما ذكر من قسم الموثق الذى فرغنا من حجيته فى الأصول. و (ثالثا) أنها معتضده و منجبره بما سمعت من الإجماع المحكى و الروايات المرسله و الشهره المحكيه فى الدروس.

كما أنه لا يخفى عليك انسياق كون الشفعه فى الدار المزبور لمكان الثمن المذكور، و إلا فلا فائده فى تعداده فى السؤال، و عدم ذكر الشريك لمعلوميه كون الشفعه عند الإماميه له لا لغيره، و احتمال نفيها لاحتمال عدم القسمه و غيره خلاف ما يشعر به تعداد الثمن فى السؤال، بل كان ينبغى التعبير بغير هذه العباره، على أن ترك الاستفصال فيها كاف.

بل قد يدعى الظهور أو الصراحه فى ذلك بملاحظه إراده الرد بها على ما هو المعروف من فتوى أبى حنيفه و الشافعى و مالك بثبوت الشفعه فى نحو ذلك.

(و دعوى) معارضه ذلك بأنها ذكر فيها أن المبيع الدار، و المتبادر منها المجموع، و هو مما لا يتأتى فيه بعد الشراء شركه توجب الشفعه، و لا تثبت إلا من حيث الجوار، فنفى الشفعه فى الروايه يحتمل أن يكون مستندا إلى هذا، و لو أريد من الدار بعضها تعين ما استظهر من السياق إلا أن إطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلا بالقرينه، و هى فى الروايه مفقوده. (يدفعها) ظهورها على كل حال فى أن المسقط للشفعه كون الثمن المذكور منها.

و حينئذ تكون داله على المطلوب الذى هو نفى الشفعه فيها لو حصل سببها بالشركه فى الطريق أو البئر أو البعض أو الجوار أو غير ذلك، لأن المراد و لو بقرينه الجواب أن السائل لما سأل عن الشفعه فى الدار المشتراه بالثمن المزبور أجاب الإمام (عليه السلام) لا شفعه لأحد فيها على كل حال، من حيث إن ثمنها ما ذكره السائل.

و من هنا قال فى جامع المقاصد: إنها نص فى الباب، و لعل التأمل الجيد يشهد له.

و من الغريب ما فى بعض الكتب من المناقشه فى الخبر المزبور بأن الآبى فى كشف الرموز رواه «رجل اشترى دراهم برقيق و متاع» إذ هو و إن كان كذلك كما هو عندنا فى نسخه قديمه لكنه من الغلط الذى لا يصلح معارضا لما فى الجوامع العظام و كتب الفروع.

و من الغريب ما فى الكتاب المزبور أيضا فى شرح ما فى النافع «و قيل تسقط الشفعه استنادا إلى روايه فيها احتمال» قال ما نصه: «لأنها مقصوره على من اشترى دراهم برقيق و متاع و بز و جوهر، فالتعدى إلى غير ذلك من المحتمل، و يحتمل أن تكون الشركه فى الدراهم» إذ هو كما ترى لا ينبغى أن يصدر من أصاغر الطلبه.

و علی کل حال فلا أقل من انقداح الشک مما ذکرنا فی دعوی تناول إطلاق الأدله للفرض، مؤیدا بقیام القیمه مقام العین غالبا، و بحصول العله أو الحکمه التی هی الضرر، و بکونه فتوی من لا یعمل إلا بالقطعیات و فتوی المقنعه التی هی متون أخبار، و بأن ذلک یؤدی إلی سهوله الأمر فی إسقاط الشفعه مع وهن إجماع الخلاف بمصیره إلی خلافه فی المبسوط، علی أنها جمیعها کما تری، و الله العالم.

و إذا علم الشفیع ب تحقق الشفعه لتحقق الشراء المقتضی لها فله المطالبه و الأخذ بها فی الحال بلا خلاف و لا إشکال. إنما الکلام فی وجوب ذلک علیه علی وجه إن لم یفعل لم تکن له شفعه کما سیأتی الکلام فیه.

و علی کل حال ف لا خلاف و لا إشکال فی أنه إن أخر لعذر عن مباشره الطلب و عن التوکیل فیه لم تبطل شفعته و إن قلنا بالفوریه، فإنه علی القول بها لا یضر عدمها للعذر العرفی، کما یشعر به نصوص الغائب(۱)و غیرها.

و کذا لو ترک لتوهمه کثره الثمن لأماره أوجبته کاخبار مخبر ثم ظهر کذبه فبان قلیلا، أو لتوهم ه کون الثمن ذهبا یصعب علیه قیمته فبان فضه أو حیوانا فبان قماشا (۱۱) سهل القیمه بناء علی ثبوت الشفعه مع کون الثمن قیمیا، أو توهم کون المبیع سهاما قلیله فبانت کثیره أو بالعکس، أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغیره أو بالعکس أو أنه اشتراه لشخص فبان أنه لآخر، أو أنه اشتری الکل بثمن فبان أنه اشتری نصفه بنصفه أو بالعکس، أو أنه اشتری الشقص وحده فبان

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲ و الباب- ۹- منه- الحدیث ۱ و الباب- ۱۰- منه- الحدیث ۱.

أنه اشتراه مع غيره أو بالعكس، إلى غير ذلك مما هو عذر عرفا عن الفور بها، لاختلاف الفرض باختلافه.

و فى محكى المبسوط أنه عقد لها ضابطا فقال: «و جملته أن الشفيع متى بلغته الشفعه و لم يأخذ لغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفعته».

و نحوه ضابط الكركى، قال: «كل أمر ظهر له وقوع البيع عليه و الغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه فالشفعه بحالها، لا تبطل للعذر».

و نحوهما ما فى المسالك من أن التأخر لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخل بالفوريه.

و الأصل فى ذلك أن المسلم من دليل الفوريه- لو قلنا بها بملاحظه ما ذكروه من الأعذار المزبوره و ما ورد من النص على الغائب(۱)و دعوى غيبه الثمن- البطلان مع الإهمال و عدم الأخذ رغبه عنها من حيث هى، لا لأمر غير ذلك و قد تبين خلافه، نحو ما سمعته من الأعذار، لإطلاق ما دل على كونه أحق من غيره المقتصر فى تقييده على ما هو المتيقن من الإهمال المزبور، دون الأعذار المذكوره التى يتعلق بها غرض العقلاء، نعم لو أخبره بقله الثمن مثلا أو تأجيله فلم يشفع ثم بان كثرته و حلوله فإنه من الإهمال المسقط على القول بالفوريه، لعدم ظهور كون الترك لعذر تبين خلافه. اللهم إلا أن

يفرض تعلق غرض بكون الثمن كثيرا أو حالا. و الله العالم.

و كذا يعذر لو كان محبوسا بحق و هو عاجز عنه بخلاف ما لو كان قادرا، لأن التأخير من قبله حينئذ، إذ يجب عليه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۲.

دفع الحق ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبه، أو يوكل من يأخذ له بها كما فى المسالك و غيرها.

و هو جيد مع علمه بها، أما إذا كان الحبس المزبور مانعا له من العلم بها فالظاهر كونه عذرا و إن أثم هو بتأخير الحق المحبوس عليه.

كما أنه معذور لو كان محبوسا بباطل و إن قدر على أدائه قليلا كان أو كثيرا و قد علم بها، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس مستحقا عليه. نعم يشترط فى بقائها أن يكون قد عجز مع ذلك عن الوكاله و إلا بطلت شفعته.

و المراد بالحق ما كان فى ظاهر الشرع كذلك و إن لم يعترف هو به بل ادعى المظلوميه، و إن احتمل لكنه واضح الضعف.

و كيف كان فبناء على أنها تجب المبادره إلى المطالبه عند العلم أى الأخذ بالشفعه عند العلم بتحقق سببها الاشتغال(۱)بالأخذ و مقدماته لكن على ما جرت العاده به غير متجاوز عادته فى مشيه و إن قدر على الأزيد منه و انتظار الصبح لو علم ليلا.

و لو كان متشاغلا بعباده واجبه أو مندوبه صلاه أو غيرها لم يجب عليه قطعها و جاز الصبر حتى يتمها و إن كان القطع سائغا له.

و كذا لو دخل عليه وقت الصلاه صبر حتى يتطهر و يصلى متئدا أى متوانيا و متثبتا، و كذا بالنسبه إلى مقدماتها و متعلقاتها الواجبه و المندوبه التى يعتادها، و انتظار الجماعه، و تحرى الرفقه حيث يكون الطريق مخوفا ليصحبهم هو أو وكيله، و زوال الحر و البرد المفرطين،

۱- ۱ هكذا فى النسخه الأصليه: المبيضه و المسوده بقلمه الشريف، و لكن فى العباره تشويش و الصحيح« يكفى الاشتغال» أو« يجب الاشتغال».

و لبس الخف و نحوه، و غلق الباب، و الخروج من الحمام بعد قضاء وطره لو سمع

بعد دخوله، و السلام على المشترى بعد وصوله و تحيته بالمعتاد، و نحو ذلک مما ذكره الشيخ و الفاضل و الشهيدان و غيرهم.

بل فى جامع المقاصد أن من ذلک تشييع المؤمن و الجنازه و قضاء حاجته و عياده المريض و ما جرى هذا المجرى مما لم تجر العاده بالإعراض عنه، و خصوصا إذا كان موجبا للطعن فيه.

و بالجمله فذلک و نحوه لا يسقط الشفعه حتى لو تمكن من التوكيل معه و تركه، لأنه زمان قصير، فان العذر الذى لا تسقط معه الشفعه قسمان: أحدهما ما ينتظر زواله عن قريب، كالاشتغال بالصلاه و الطعام و قضاء الحاجه و نحوها، و هذا لا يجب عليه التوكيل معه و إن تمكن منه، لأن انتظار زواله غير مناف للفوريه المعتبره فيها عند القائل بها. و الثانى ما لا ينتظر زواله عن قريب، كالسفر و المرض و الحبس على الوجه السابق، و هذا تجب عليه المبادره أو التوكيل مع القدره.

و حينئذ ف- لو علم بالشفعه مسافرا مثلا فان كان قدر على السعى أو التوكيل فأهمل بطلت شفعته، و لو عجز عنهما لم تسقط و إن لم يشهد بالمطالبه و إن تمكن منه كما تقدم الكلام فى ذلک و غيره مفصلا فى أول المقصد الثانى(۱).

لكن فى المسالک هنا «هذا كله إذا كان غائبا، أما مع حضور المشترى فلا يعد شى ء من هذه عذرا، لأن قوله: «أخذت بالشفعه» لا ينافى شيئا من ذلک».

قلت: إن كلامهم فى المقام و فى ثبوت الشفعه للغائب صريح أو كالصريح فى عدم وجوب المبادره إلى القول المزبور، و إن كان متمكنا

۱- ۱ راجع ص ۱۸۶- ۱۸۸.

بل ليس شـى ء مما ذكروه عذرا عن الفوريه من الحبس و غيره صالحا لأن يكون عذرا عن القول المزبور الذى لا ينافيه حبس و لا غيره.

و منه يعلم أن الأخـذ بالشـفعه ليس عبـاره عن القول المزبور، بل هو مع دفع الثمن، أو أنه لا يثبت حق الشـفعه إلا بعـد دفعه كما ذكرنـاه سابقـا. و حينئـذ فلاـ يترتب على القول المزبور بـدونه أثر من تملـك العين أو غيره، و ذلـك كله شاهـد على خلاـف ما سمعته سابقا من الكركى و بعض أتباعه.

بل ذكرهم كيفيه فور الشـفيع بالنسبه إلى حضوره عند المشترى كالصريح أيضا فى ذلك، ضروره أنه إذا كان أخذ الشفعه الذى هو فورى هو قول: «أخذت» لا يحتاج معه إلى ذكر كيفيه الفور فى مشيه إلى المشترى، بل لا يحتاج إلى أصل حضوره معه، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و كيـف كـان فظـاهر الأصـحاب أيضـا- بـل عن الفاضـل فى التـذكره و الكركى فى جـامعه التصـريح به- قبول دعواه فى وجود الأعذار المزبوره، من غير فرق بين ما لا يعرف إلا من قبله و غيره. و لعله لما أشـرنا إليه سابقا من اقتضاء إطلاق الأدله ثبوت حقه مطلقا، و لكن خرج منه صوره الإهمال مع عدم عذر أصلا فما لم تتحقق فهو على حقه، و منه يعلم حكم حال الشك.

و ليس القائـل بـالفوريه يقول إن الشـفعه الثابته هى التى على جهه الفور على وجه تكون الفوريه قيـدا لها و أن الأعـذار المزبوره كالمسـتثنى منها، ضـروره عـدم دليل له لا على المسـتثنى و لا على المسـتثنى منه، بل ذكره للأعذار المزبوره غير مشـير إلى دليل مخصوص فى شى ء منها كالصريح فيما قلناه.

بل ذكر غير واحد من الأصحاب عدم وجوب الاشهاد على العذر بل فى المسالك «لا يجب ذلك عندنا» مشعرا بالإجماع عليه يشهد لذلك أيضا، ضروره كون مبناه أنه مصدق فى حصول العذر، فلا يحتاج إلى الاشهاد.

و فى القواعد «فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فان منعه مرض أو حبس فى باطل فليوكل إن لم يكن فيه مئونه و منه ثقيله، فان لم يجد فليشهد، فان ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان».

و علله فى جامع المقاصد بأن الحق قد ثبت، و الأصل بقاؤه، و لأن فائده الإشهاد ثبوت العذر، و هو يثبت بإقرار المشترى أو يمين الشفيع على نفى التقصير، لأن الأصل معه، فلا أثر لتركه، و لعموم دلائل الشفعه المتناوله لمحل النزاع.

لكنه قد حكى فيه قولا آخر بالسقوط معللا له بأن الإشهاد قائم مقام الطلب، فتركه بمنزله تركه، ثم قال: «و فى المقدمتين منع».

و كأنه أشار بذلك إلى ما ذكره الفخر فى محكى الإيضاح من أن الأصح البطلان إذا لم يشهد، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب، فتركه كتركه و أن الترك أعم من أن يكون لعذر أو لا، و لا يعلم الأول إلا بالإشهاد، و الشفعه على خلاف الأصل.

إلا أن ذلك كله لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا.

بل من التأمل فيه يعلم أنه لا تجتمع كلماتهم إلا على مدخليه إحضار الثمن فى استحقاق الأخذ بالشفعه أو فى التملك بالقول أو الفعل اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن.

و دعوى الاكتفاء بإطلاق ما دل على ثبوت الشفعه يدفعها ما عرفته

سابقا من أنه لا إطلاق يوثق به بعد

قوله (علیه السلام) فی بعضها:

«بالثمن»(۱)

المحتمل لما سمعت، و بعد ظهور أكثر الكلمات المذكوره فی بیان الأعذار و فی كیفیه المبادره فی خلاف ذلک، و فی عدم الاكتفاء بالأخذ القولی.

بل فی جامع المقاصد أن القوم مطبقون علی وجوب السعی إلی المشتری، و القائلون بالفور جعلوه علی الفور.

لكنه حكی عن التذكره أنه قال فیها: «لو لم یتمكن من المضی إلی أحدهما أی المشتری أو القاضی و لا من الاشهاد فهل یؤمر أن یقول:

تملكت الشقص أو أخذته؟ الأقرب ذلک، لأن الواجب الطلب عند القاضی أو المشتری، فإذا فات القید لم یسقط الآخر، و للشافعیه وجهان».

قلت: لا یخفی علیک ما فیه من عدم الدلیل علی وجوب القول المزبور، بل الظاهر أنه لا أثر له كما عرفت.

و فی المحكی من بعض عباراتها أیضا لا یشترط فی تملک الشفیع الشفعه بالشقص حكم الحاكم و لا حضور الثمن أیضا و لا حضور المشتری و لا رضاه عند علمائنا، ثم أخذ فی الاحتجاج علی ذلک، و قال: «إن الأخذ بالشفعه كالرد بالعیب لا یحتاج إلی حضور المشتری و رضاه» و قال أیضا:

«لو لم یمض إلی المشتری و مضی إلی الحاكم لم یكن مقصرا فی الطلب» و قال فیها أیضا: «إن ذلک- أی حضور الشریک أو الحاكم أو العدلین- غیر شرط عند أصحابنا» إلی غیر ذلک مما ذكر فیها مما هو غیر منقح، و فیه احتمالات متعدده.

و كذا ما عن المبسوط، فإنه قال فی مقام: «إذا ثبت أن له المطالبه فهی علی ما جرت العاده به، فمتی بلغه وجوب الشفعه صار إلی المطالبه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب الشفعه- الحدیث ۱.

على حسب العرف و العاده، فان لم يكن مشغولا بشى ء قام من وقته، و إن كان مشغولا بشى ء كالصلاه و الطهاره و الأكل فحتى يفرغ، و إن كان وقت الصلاه قد دخل فحتى يؤذن و يقيم و يصلى، و يتطهر إن كان على غير طهر، و إن كان البلاغ ليلا فحتى يصبح، و لا يلزمه أن يجد بسيره بل يمشى على سجيه مشيه، و لا يستعجل فيه و إن كان قادرا على العجله، و إن كان راكبا فلا يركض و لا يعدو بل يسير على سجيه مشيه، لأنه هو العرف و العاده».

و قال فى مقام آخر: «إذا وجبت له الشفعه فسار إلى المطالبه على العاده قال قوم: إن أتى المشترى فطالبه فهو على شفعته، و إن تركه و مضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفعته عند قوم، و قال قوم:

تبطل شفعته، فان ترك الحاكم و المشترى معا و مضى فأشهد على نفسه أنه على المطالبه بطلت شفعته. و قال أبو حنيفه: لا تبطل، و يكون على المطالبه بها أبدا، و قال من خالفه: إنه غلط، لأنه ترك المطالبه بها مع القدره عليها، و قول أبى حنيفه أقوى، لأنه لا دليل على بطلانها».

و الغرض من نقل هذه العبارات بيان أن المبسوط و التذكره لا وثوق بما يصدر من بعض العبارات فيهما، لأنهما مساقان للبحث مع العامه، فربما وقع فيهما ما يظن أنه على مذهبنا، و هو بحث منهما مع العامه على أصولهم. و إلا فتحقيق الحال أنه لا أثر فى نصوصنا و لا فى أصولنا لاعتبار حكم الحاكم أو حضوره فى الأخذ بالشفعه، و لا للإشهاد لا بالنسبه إلى الصحه و لا بالنسبه إلى إثبات ذلك أو إثبات العذر المانع له.

نعم قد سمعت الكلام فى

قوله (عليه السلام)(۱): «فهو أحق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

بها من غيره بالثمن»

و أما خبر ابن مهزيار(۱)فليس فيه إلا إنظار ثلاثه أيام لمن كان فى المصر بالنسبه إلى إحضار الثمن، و أنه إذا ادعى غيبته فى بلد آخر ينتظر مع ذلك مقدار ذهابه و إيابه.

نعم بناء على ما ذكرناه من اعتبار إحضار الثمن فى أصل استحقاق الأخذ بالشفعه أو فى التملك لو فرض غيبه المشترى أو حصول مانع له من المواجهه

معه و لا وكيل له فهل يقوم الحاكم مقامه فان تعذر فالإشهاد أو لا يعتبر شى ء من ذلك كما هو مقتضى الأصول و القواعد و إطلاق نصوص الباب فتبقى حينئذ الشفعه لصاحبها بحاله مع عدم الإهمال منه؟

قد يحتمل الأول هنا، بل و كذا فيمن له الخيار و أراد الفسخ و إن كان الأقوى ما عرفته.

و لعل إهمال الأصحاب ذكر الأعذار الحاصله للشفيع بسبب المشترى اتكالا على ظهور الأمر و أنها أولى من الأعذار المتعلقه بالشفيع فتأمل جيدا، فإن المسأله لا يخلو من تشويش. و منه وقع الكركى فيما سمعت، و الله العالم و الهادى.

و لقد ظهر لك مما ذكرناه من الأصل المزبور أنه لو جهل استحقاق الشفعه فهو على شفعته، كما صرح به غير واحد للإطلاق، نعم قيده بعضهم بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى بريه لا يعرفون الأحكام، مع أن الأصح خلافه، ضروره عدم كون ذلك من الضروريات التى لا يعذر فيها إلا من كان كذلك. و كذا الحال فيما لو علم ثبوتها و جهل فوريتها.

و لكن فى جامع المقاصد «أن الظاهر السقوط» و فيه أنه لا فرق

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

بینه و بین الأول الذی اعترف فیه بعدم السقوط، کما هو الموافق لما ذکرناه من الأصل.

بل و کذا الحال فی النسیان و إن تردد فیه فی محکی التحریر، بل قال بعض الناس: إن السقوط به، لأنه معذور.

لکن لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه الذی مرجعه الاقتصار فی سقوطها علی إهمالها بعد التمکن منها من سائر الوجوه، و إن أطلق بعضهم علی ذلک اعتبار الفوریه فیها، لکن المراد منه بقرینه ما سمعت من الأعذار ذلک، بل ستعرف تعبیر المصنف عن ذلک بالمسقطات، و الله العالم.

و لا تسقط (حق خ) الشفعه بتقایل المتبایعین کما صرح به الشیخ و بنوا البراج و حمزه و إدریس و الفاضل و ولده و الشهیدان و الکرکی و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم، بل لا أجد فیه خلافا بینهم لأن الاستحقاق لها قد حصل بالعقد الذی صدق معه أن الشریک قد باع نصیبه، و هو عنوان ثبوتها فی النص(۱)و الفتوی فلیس حینئذ للمتبایعین إسقاطه بالإقاله.

نعم لما کانت أدله الإقاله مطلقه أیضا شامله للفرض حکم بصحتها مع وقوعها و ترتب آثارها من النماء و غیره، إلا أن للشفیع فسخها حینئذ باعتبار سبق حقه، فیکون حینئذ بقاء صحتها مراعی بعفو الشفیع، فان حصل استمر و إلا انفسخ من حینه.

لکن عن الشهید فی حواشیه أنه قال: «یفهم من فسخ الإقاله و الرد أمران: الأول الفسخ مطلقا بالنسبه إلی الجمیع، فتکون الإقاله و الرد نسیا منسیا، الثانی أنه بالنسبه إلی الشفیع خاصه، لأنهما مالکان حال

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

التصـرف، فيرتب أثر تصرفهما عليه- قال-: و تظهر الفائده فى النماء، فعلى الأول نماء الثمن بعد الإقاله و الرد للبائع، و نماء المبيع للمشترى، و على الثانى بالعكس».

و فى جامع المقاصد بعد أن حكى ذلك عنه قال: «أقول: إن الإقاله و الرد يقتضـيان الفسخ، و الفسخ لا يتجزأ، فإما الصـحه مطلقا أو البطلان مطلقا، و حيث كان حق الشفيع أسبق كان الوجه البطلان مطلقا».

قلت: لكن من حينه كمـا هى القاعـده فى الفسوخ، و حينئـذ يكون مختـاره الشق الأول، لكن على الوجه الـذى ذكره، لا ما عساه يظهر من الشهيد من ارتفاع الإقاله و الفسخ من أصلهما كما عساه يومئ إليه الثمره المزبوره.

اللهم إلا أن يريـد أن نماء الثمن بعد فسخ الإقاله يكون للبائع و نماء المبيع للمشترى، لا النماء المتخلل بين الإقاله و فسخ الشـفيع، ضروره أن مرجع ذلك حينئذ إلى عدم تأثير ما وقع من الإقاله و الرد.

و هو- مع أنه ليس قولا لأحد منا، بل و لا من العامه عدا ما تسـمعه من ابن شريح، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه- مناف لإطلاق دليلهما الذى لا ينافيه تعلق حق الشفيع بعد أن تسلط به على الخيار، إذ لا دليل على منافاه تعلق حقه لأصل صحتهما على وجه لا يؤثر سـببها، و إن كان قد يتوهم من نحو عباره المتن، إلا أن صحيح النظر فيها و فيما تعقبها يقتضى خلافه، خصوصا بعد تصريح الفاضل و غيره بأن للشفيع فسخ الإقاله و الرد.

قـال فى القواعـد: «فـان تقايل المتبايعان أو رد بعيب فللشـفيع فسـخ الإقاله و الرد، و الـدرك باق على المشترى» و نحوه غيره، بل أصرح منه.

بل قيل إن الإجماع البسيط و المركب على عدم كون ذلك كالفضولى موقوف على الإجازه من الشفيع و إلا كان باطلا من أصله، و هو كذلك خصوصا فى مثل تصرف المشترى مثلا بالوقف و نحوه، فإن المحكى عن ابن شريح خاصه عدم صحه التصرف، و قد أطبق العامه و الخاصه على خلافه.

و حينئذ فالمراد من قول المصنف و غيره و الدرك باق على المشترى أنه بعد فسخ الشفيع الإقاله و الرد بشفعته فى الشقص يكون الدرك باقيا على المشترى، لانفساخ الإقاله و الرد السابقين، لا- أن المراد مع فرض بقاء أثرهما من كون الشقص ملكا للبائع للشفيع أن يشفع به، و يأخذه من ملك البائع بالثمن السابق على الإقاله، و لكن الدرك يكون على المشترى، لاستصحاب بقائه و إن احتمله بعض الناس بل ادعى أنه الموافق لقواعد الباب و غيرها و محكى الإجماع على أن الدرك على المشترى.

و حينئذ فيجمع بين ما دل على بقاء الشفعه و على صحه الإقاله و الرد و كون الدرك على المشترى، و لا ينافى ذلك كون الأخذ حينئذ من البائع إذ ليس فى نصوص الشفعه ما يقتضى اشتراط صحتها بكون الأخذ من المشترى، بل صرح الفاضل بأخذ الشفيع من البائع فيما إذا اختلف المتبايعان و تحالفا، بل فى محكى الخلاف أن الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا ادعى المالك البيع و أنكر المشترى و حلف.

إلا أنه مخالف لظاهر جماعه و صريح آخرين، كالفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم، بل يمكن دعوى القطع بخلافه، خصوصا بملاحظه عدم الدليل على ضمان درك ما هو ملك الغير من دون سبب من أسباب الضمان، و خصوصا بملاحظه الإجماع بقسميه فضلا عن ظاهر الأدله على أخذ الشفيع من المشترى بمعنى الانتقال من ملكه إليه.

نعم لعل الأولى من ذلك احتمال سقوط الشفعه من أصلها بناء على ظهور

قوله (علیه السلام)(۱): «فهو أحق بها من غیره بالثمن».

فی عدم رد المبیع إلی المالک الذی هو الشریک الأول، کما تسمعه عن المروزی فی تصرف المشتری بوقف أو بیع أو نحوهما أو القول بعدم تأثیر الإقاله، باعتبار تعلق حق الشفیع فی العین نفسها علی وجه یکون الدرک علی المشتری، و لا یکون ذلک إلا بعدم تأثیر الإقاله و الرد کما سمعته من ابن شریح.

إلا أنهما معا یمکن دعوی الإجماع من المسلمین علی خلافهما فضلا عن غیره من الأدله.

و علی کل حال فالاحتمال مع فرضه إنما هو بهذا المعنی، لا أنهما مؤثران و الشفیع باق علی شفعته، فیأخذ من البائع و یکون مع ذلک الدرک علی المشتری الذی قد زال شراؤه بالإقاله، بل مرجع ذلک إلی تبعض حکمها الذی أشار إلیه الشهید فی أحد الوجهین السابقین.

و لقد أطنب هنا بعض الناس بما لا یرجع إلی محصل، بل لعل التأمل فیه یقضی بتناقض أطرافه و وسطه، فضلا عن مخالفته لإجماع المسلمین، فضلا عن الخاصه، فالمتجه حینئذ ما ذکرناه.

نعم لو رضی الشفیع بالبیع علی وجه تسقط به شفعته ثم تقایلا لم یکن له شفعه لأنها أی الإقاله فسخ کالرد بالعیب و لیست بیعا عندنا. خلافا لأبی حنیفه، و هو واضح البطلان کما تقدم ذلک فی محله.

لکن بقی شی ء: و هو أن مقتضی ما سمعته من عباره الفاضل السابقه مساواه حکم الرد بالعیب للإقاله، بل هو المحکی أیضا عن جمیع من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

عرفت ممن صرح بحكمها، لكن قد يشكل بإمكان الفرق بينهما بسبق حق الشفيع على ما وقع بينهما من الإقاله التى هى كالتصرف من المشترى الذى ستعرف عدم سقوط الشفعه به، بخلاف الرد بالعيب الثابت بنفس العقد الذى هو إن لم يكن أسبق من حق الشفعه باعتبار تأخره و لو ذاتا عن تمام العقد و إلا فهو مقارن، فلا ترجيح لحق الشفيع على حقه.

اللهم إلا أن يقال: إن حق الرد بالعيب إنما يثبت حين العلم به، بخلاف حق الشفيع الثابت بتمام العقد.

و لكن قد يناقش بمنع اعتبار العلم فى استحقاق الرد به، بل هو ثابت بنفس العقد، و لكن لا يحصل له الأخذ بحقه إن شاء، إلا بعد العلم به. و من هنا صرح غير واحد باقتران الحقين و تساويهما فى الثبوت إلا أنه ادعى تقديم حق الشفيع على حق المشترى، باعتبار أن الثمن حاصل له من الشفيع، فلا ضرر عليه.

و لكنه كما ترى إن لم يكن إجماعا لإمكان منع الاقتران أولا، ضروره تأخر حق الشفعه عن تمام العقد، و لذا كان حق البائع مقدما على حق الشفيع إذا كان له الخيار بالاشتراط فى العقد مثلا، فيفسخ و يرجع المال إليه و إن شفع الشفيع به. و إمكان منع الترجيح ثانيا، بعدم انحصار الأمر فى الثمن، إذ الدرك عليه، و هو ضرر آخر عليه.

مضافا إلى ما عرفته سابقا من عدم صلاحيه مثل ذلك لإسقاط حق اقتضاه الدليل، فليس حينئذ إلا الإجماع إن تم.

كما أنه ليس لما ذكروه سابقا من سقوط خيار المشترى بالشفعه بخلاف خيار البائع إلا الإجماع إن تم و إلا فالمتجه بقاؤهما معا و سقوط الشفعه لسبق تعلق حقهما عليه، فتأمل جيدا.

و كيف كان فلا خلاف أجده بيننا فى أن تصرف المشترى فى الشقص

قبل الأخذ الصحيح يترتب عليه الأثر، لإطلاق الأدله السالم عن معارضه تعلق حق الشفيع بعد أن لم يكن دليل يقتضى أن مثله مانع من التصرف- كحق الرهانه- إلا القياس الممنوع عندنا، فيكون حينئذ كحق تعلق الدين بالتركه الذى لا يمنع الوارث من التصرف لو أراده و إن تسلط بعد ذلك على فسخه إن لم يدفع له الدين.

بل لا خلاف أجده فى ذلك أيضا بين العامه إلا ما يحكى عن ابن شريح منهم، فقاس تعلق الحق المزبور على حق الرهانه، و هو كما ترى.

نعم لا يبطل ذلك حق الشفيع بلا خلاف أجده أيضا بيننا، لسبق تعلقه و إطلاق ما دل على ثبوته، بل و لا بين العامه أيضا إلا ما يحكى عن المروزى منهم من سقوطها حينئذ، و هو واضح الضعف عندنا و عندهم.

لكن تصرف المشترى يقع على نوعين: أحدهما ما تثبت فيه الشفعه أيضا كالبيع و ثانيهما ما ليس كذلك فان كان الأول كما لو باع المشترى كان للشفيع فسخ البيع و الأخذ من المشترى الأول، و له أن يأخذ من الثانى بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك، بل و لا إشكال لأن كلا منهما سبب تام فى ثبوت الشفعه، فالتعيين إلى اختياره.

و كذا لو زادت العقود عن الاثنين، فان أخذ بالشراء الأول دفع الثمن و بطل المتأخر مطلقا، و إن أخذ بالأخير أخذ بثمنه و صح السابق مطلقا، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، و إن أخذ بالمتوسط أخذ بثمنه و صح ما تقدمه و بطل ما تأخر عنه.

فلو باعه المشترى بعشره فباعه الآخر بعشرين فباعه الآخر أيضا بثلاثين فإن أخذ من الأول دفع عشره و رجع الثالث على الثانى بثلاثين و الثانى على الأول بعشرين، لأن الشقص يؤخذ من الثالث، و قد انفسخ

عقده و كذا الثانى، و لو أخذ من الثانى صح الأول و دفع عشرين و بطل الثالث، فيرجع بثلاثين، و لو أخذ من الثالث صحت العقود و دفع ثلاثين كما هو واضح.

نعم ينبغى أن يعلم أن فسخه يكون بشفعته، لأنه هو الثابت له من الأدله، و يكون انتقاله حينئذ إلى المشترى و الشفعه به من الترتب الذاتى، بل لا يبعد القول بعدم أثر لقوله: «فسخت» متقدما على الشفعه، لعدم الدليل عليه، بل لا يبعد بطلان الشفعه حينئذ بناء على منافاه مثل ذلک لفوريتها، كما تسمعه من بعضهم فى مثل ذلک.

و إن كان الثانى كما لو وقفه المشترى أو جعله مسجدا فللشفيع إزاله ذلک كله و أخذه بالشفعه بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل و لا إشكال، لسبق حقه، بل عن المبسوط الإجماع على أن له نقض المسجد إن كان قد بناه مسجدا و أخذه بالشفعه.

فما عن بعض العامه من عدم جواز نقض الوقف واضح الضعف، نحو ما سمعته سابقا من بعضهم من عدم جواز مطلق التصرف للمشترى، و آخر من سقوط الشفعه مطلقا.

و مما ذكرنا يظهر لک الحال فيما لو كان قد وهبه المشترى بعوض أو غير عوض هبه جائزه أو لازمه، ضروره كونه كغيره من التصرفات التى للشفيع فسخها و الأخذ من المشترى بالثمن الذى أخذ به، فيملكه هو حينئذ دون الموهوب الذى قد انفسخت هبته و صار الدرک على الواهب الذى هو المشترى، لامتناع صحه الهبه مع ذلک، كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافا بينهم.

لكن فى قواعد الفاضل «و الثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمه

و إلا فإشكال، فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا، و إلا تخير بينه و بين الثمن».

و هو- كما ترى- مناف لما عرفت و إن وجه كلامه الأول بأن للواهب أن يرجع فى أصل الهبه، فله أن يرجع فى ثمن الموهوب، و مقتضاه أنه إن لم يرجع يكون الثمن للمتهب.

و فيه- مع أن مقتضاه أيضا أن لا يكون إشكال فى كون الثمن للمتهب إذا كانت لازمه- أن ذلك لا يتم إلا على تقدير كون الأخذ بالشفعه غير مبطل للهبه، و قد عرفت سابقا أن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق الذى يمتنع معه الحكم بصحه التصرف اللاحق، كما اعترف به هو سابقا فى البيوع المترتبه، مضافا إلى معلوميه منافاه كون الأخذ من المشترى و الدرك عليه، لبقاء الهبه و ثبوت ملك المتهب.

و نحوه يجرى أيضا فيما ذكره من الإشكال الذى قيل إنه ينشأ من بطلان الهبه بالأخذ بالشفعه لسبق حق الشفيع، و من إمكان الجمع بين الحقين، و حق الشفيع إنما هو فى العين، و لا فائده له فى إبطال الهبه من رأس، فيأخذها و تبقى الهبه بحالها، و يكون المراد من الابطال إبطال اختصاص المتهب بالعين، لا إبطال أصل الهبه.

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه من أن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشترى الذى يكون الدرك عليه و الثمن حق له، فليس حينئذ إلا إبطال الهبه و رجوع الأمر كما كان قبلها.

و دعوى انفساخها فى حق الشفيع خاصه دون الآخر يدفعها أن مقتضاها زوال الدرك عن المشترى حينئذ على أن الفسخ لا يقبل التجزى.

كما أن دعوى احتمال كون الدرك عقوبه للمشترى و إن لم يعد الملك له، و التجزى بالنسبه إلى الأحكام لا ينبغى أن يصغى إليها، إذ هى

مجرد تهجس فی مقابله الأدله الشرعیه.

و من الغریب بعد ذلک ما فی الإیضاح من اختیار کون الثمن للمتهب فی اللازمه و ما عن حواشی الشهید من أن المنقول: أن الهبه إن کانت لازمه یکون الثمن للموهوب له مطلقا، و کذا إن تصرف، لأنها قد صارت لازمه، إذ لم نعرفه قولا لأحد من أصحابنا، بل صریح کلامهم خلافه کما لا یخفی.

و من ذلک یظهر لک ضعف ما فرعه الفاضل بقوله: «فإن» إلی آخره الذی معناه أنه إن قلنا بکون الثمن للواهب فان کان المتهب قد دفع عوضا للهبه فقد فات المعوض فیرجع به، و إن قلنا بأنه للمتهب تخیر بین العوض بأن یفسخ الهبه لفوات العین فیرجع به و بین بقائها فیأخذ الثمن، لأنه حقه، إذ الفرض لزومها من طرف الواهب، إلا أن ذلک کله کما تری لا ینبغی أن یسطر، و لعله من خرافات العامه، و الله العالم.

و کیف کان فلا إشکال کما لا خلاف فی أن الشفیع یأخذ من المشتری لأنه المتیقن من أدله الشفعه إن لم یکن المنساق، خصوصا نحو

قوله (علیه السلام)(۱): «فهو أحق بها من غیره بالثمن»

و حینئذ یکون درکه علیه بلا خلاف أجده فیه أیضا، بل عن الغنیه و السرائر الإجماع علی ذلک.

و علی الأخذ من المشتری ف- لا- یأخذ من البائع بمعنی الانتقال إلیه من البائع الذی انقطع سلطانه عن العین بالبیع منه و صار للمشتری.

و لکن لو فرض أن الشفیع طالب بشفعته و

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

كان الشقص فى يد البائع قيل له: خذه من البائع أو دعه كما صرح به غير واحد.

و لا يكلف المشترى القبض من البائع مع امتناعه و لو التمس ذلك الشفيع بلا خلاف أجده فيه و إن قال فى الكفايه: إنه المشهور مشعرا بوجود مخالف، لكن لم أتحققه.

نعم يحكى عن الشافعيه قول بأن له أن يكلفه ذلك، لأن الشفيع بمنزله المشترى من المشترى.

و فيه منع واضح، ضروره عدم دليل على وجوب ذلك، خصوصا بعد كون الأخذ منه قهرا بلا معاوضه و تراض بينهما، و إنما الواجب عليه رفع يده عنه و كل مانع من جهته، لأن الشقص بالشفعه صار ملكا للشفيع، يأخذه أينما وجده من يد كل من هو فى يده، و لا حق له على المشترى بحيث يكلفه بقبضه حتى يقبضه منه، خصوصا بعد أن لم يكن لذلك ثمره و ذلك لأنه يقوم قبض الشفيع مقام قبضه و حينئذ يكون الدرك مع ذلك على المشترى و إن قبضه الشفيع من البائع، لما عرفت من أن الأخذ و انتقال الملك إليه منه، بل لعل المتجه عدم التزام المشترى بتحصيله من البائع لو فرض عصيانه به.

و ليس للشفيع منع الثمن الذى رضى المشترى ببقائه فى ذمته عند أخذه بالشفعه عليه حتى يسلمه الشقص، لعدم المعاوضه بينهما الموجبه للتقابض، كما عرفته سابقا.

و على كل حال ف- ليس للشفيع فسخ البيع الواقع بين الشريك و المشترى و لو بالإقاله عن تراض بينه و بين البائع بلا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال، لأصاله لزومه و انحصار حقه فى الأخذ من المشترى، بل قيل لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته،

لمنافاه مثله للفوريه و إن كان فيه ما فيه.

و حينئذ ف- لو نوى الفسخ و الأخذ من البائع لم يصح و لم يترتب عليه أثر و إن كان الشقص فى يد البائع و قبضه الشفيع من يده، لما عرفت من عدم حق له فى الفسخ و لو بالإقاله، فلا يتصور أخذه من البائع بمعنى انتقاله منه إليه، ضروره كونه ملكا للمشترى، بل قيل تبطل شفعته حينئذ لمنافاته الفوريه، و إن عرفت أنه لا يخلو من نظر.

بل قد يقال بحصول ملك الشقص له بقصده تملكه و إن غلط بقصد كونه من البائع، إذ لا دليل على اعتبار قصد الانتقال من المشترى أو عدم قصد كونه من البائع و إنما الثابت من الأدله انتقاله من المشترى إليه، لا أن المعتبر فى الشفعه قصد ذلك، فيكفى قصد تملك الشقص بالثمن، لصدق الأخذ بالشفعه حينئذ.

و لعل ذلك غير مناف لما فى المتن و غيره من عدم صحه ذلك لو نواه، ضروره إراده عدم ترتب أثر لذلك عليه، لا أن أخذه بالشفعه حينئذ باطل.

و من ذلك يعلم أن المعتبر فى؟؟؟ قصد تملك الشقص بالثمن من دون ملاحظه كونه من المشترى أو البائع و إن كان هو شرعا ينتقل إليه من المشترى، فتأمل جيدا، فإنه ربما دق، و الله العالم.

و لو انهدم المبيع أو عاب فان كان بغير فعل المشترى بل بآفه سماويه قبل المطالبه أو بعدها أو بفعله قبل مطالبه الشفيع بالشفعه فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترک وفاقا للمشهور، بل عن الغنيه الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافا إلى مرسل ابن محبوب(۱)السابق و

قوله (علیه السلام) فی حسن الغنوی(۲): «فهو أحق بها من غیره بالثمن»

و أصاله عدم الضمان حتی لو کان بفعله، ضروره أنه تصرف فی ملکه تصرفا سائغا، فلا یکون مضمونا علیه، و الفائت لا یقابل بشی ء من الثمن، فلا یستحق الشفیع فی مقابلته شیئا، کما لو تعیب فی ید البائع فإن المشتری یتخیر بین الفسخ و الإمضاء.

لکن فی جامع المقاصد بعد أن جعل الصور أربعه: و الأولی منها ما کان ذلک بفعل المشتری قبل المطالبه، و اقتصر فی الاستدلال لها بالأخیر قال: «و فیه نظر، لأن المشتری و إن تصرف فی ملکه إلا أن حق الشفیع قد تعلق به، فیکون ما فات منه محسوبا، کما یحسب علیه عین المبیع، و لا استبعاد فی تضمین المالک ما یجنی علی ملکه إذا تعلق به حق الغیر، کالرهن إذا جنی علیه الراهن، و قد سبق فی کتاب البیع وجوب الأرش علی البائع إذا تعبب المبیع فی یده، فینبغی أن یکون هنا کذلک و قد نبه کلام المصنف فی التذکره علی ذلک».

ثم قال: «الثانیه و الثالثه أن یکون ذلک بغیر فعل المشتری مطلقا أی سواء طالب الشفیع بالشفعه أم لا، فإنه لا شی ء علی المشتری بل یتخیر الشفیع بین الأخذ بمجموع الثمن و الترک، و تقریبه مع ما سبق أن ذلک لیس بفعل المشتری، و ملکه غیر مضمون علیه، و جوابه جوابه مع النقض بما إذا تلف بعض المبیع، و الذی یقتضیه النظر ثبوت الأرش فی الصورتین أیضا، و کلام المصنف فی التذکره مطابق لذلک، فإنه فرض المسأله فیما إذا تعیب الشقص من غیر تلف شی ء من العین من غیر تقیید بکون

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

ذلک بفعل المشتری، و کونه بعد المطالبه و عدمه».

ثم حکی قول بعض الأصحاب بوجوب الأرش بمثل هذا التعیب فی المبیع لو کان فی ید البائع، ثم قال: «فینبغی أن یکون هنا کذلک، و هو متجه».

قلت: لا یخفی علیک ما فی ذلک من منافاته لما سمعت من المرسل(۱)المنجبر بما عرفت و الإجماع المحکی المؤید بالحسن(۲)المزبور، و أصاله عدم الضمان التی منها

یعلم الفرق بین المقام و بین المبیع فی ید البائع المعلوم ضمانه علیه بدلیله.

بل یمکن دعوی إجماع الأصحاب علی خلافه فی الجمله، فإنی لم أجد من وافقه علی تمام ما ذکره حتی الفاضل فی التذکره، قال فیها: «إذا اشتری شقصا من دار فانهدمت إما بفعل المشتری أو بغیر فعله فلها أحوال:

الأول أن تتعیب من غیر تلف شی ء و لا انفصال بعضها عن بعض، بأن یتشقق جدارها أو تمیل اسطوانتها أو ینکسر جذعها أو یضطرب سقفها، فالشفیع بالخیار بین الأخذ بکل الثمن و بین الترک، و یکون تعیبه فی ید المشتری کتعب المبیع فی ید البائع، فإنه یخیر بین الفسخ و بین الأخذ بجمیع الثمن عند بعض علمائنا، و به قال الشافعی، و عند بعضهم لا یسقط الأرش، فینبغی أن یکون هنا کذلک».

و هی کما تری لا صراحه فیها، بل و لا ظهور، بل ظاهرها موافقه المشهور، و قوله: «فینبغی» من تتمه القول الذی حکاه.

نعم فی الخلاف کما فی المختلف «إن کان ذلک بأمر سماوی فالشفیع بالخیار بین أن یأخذ بجمیع الثمن أو یترک، و إن کان بفعل آدمی کان له

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

أن يأخذ العرصه بحصتها من الثمن» بناء على شمول الآدمى للمشترى فيه، فيكون بإطلاقه موافقا له فى بعض الصور.

و هو مع أنه لم يفرق فيه بين المطالبه و غيرها يمكن أن يكون مراده عدم دخول الأنقاض بالشفعه، لصيرورتها منقوله حينئذ بالانهدام، فيأخذ العرصه حينئذ خاصه بما يخصها من الثمن كما هو المحكى عن أحد قولى الشافعى، و هذه مسأله أخرى غير ما نحن فيه.

كل ذلك مع أن قوله: «حق الشفيع متعلق به» إن أراد حق المطالبه فمسلم و لكن بمجرده لا يوجب الضمان على المشترى، فلا بد من دليل يقطع الأصل، و القياس على الرهن ليس من مذهبنا، و ضمان المبيع فى يد البائع- مع أنه خارج عما نحن فيه، لأنه ملك المشترى دون البائع- مستند لدليله من

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «كل مبيع»

و غيره كما تقدم فى محله.

و إن أراد به الملكيه فممنوع، إذ لا ملك قبل الأخذ، بل لو قلنا به فلا ضمان أيضا إذا كان بآفه سماويه للأصل، خصوصا إذا

لم يقبضه المشترى، إذ لا موجب لضمانه و لو قلنا بكونه ملكا للشفيع، خصوصا بعد ما ذكرناه من أن الأخذ بالشفعه ليس من المعاوضات.

و استبعاد جواز ذلك للمشترى لتمكنه حينئذ من عدم رغبه الشفيع فيه باهدامه و تعيبه لا يرجع إلى محصل على وجه يكون دليلا شرعيا موافقا لأصول الإماميه و قواعدهم، و الله العالم.

و على كل حال ف الأنقاض للشفيع باقيه كانت فى المبيع أو منقوله عنه بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل فى المسالك ما يشعر بالإجماع عليه، نعم قد سمعت ما احتملناه فى عباره الخلاف و يحكى عن

۱- ۱ المستدرك- الباب- ۹- من أبواب الخيار- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

الشافعی فی أحد قولیه أخذ العرصه خاصه بتمام الثمن فی وجه أو بما یخصها فی آخر.

و لا ریب فی أن الأصح ما ذکره المشهور، لتعلق الحق بها غیر منقوله، و لأن لها نصیبا من الثمن الذی یأخذ به الشفیع، فلا یلزم بدفع الثمن لما عداها، لما فیه من الضرر و دفع ما یخص العرصه خاصه مناف ل

قوله (علیه السلام)(۱): «فهو أحق بها بالثمن»

فتأمل جیدا.

و إن کان العیب بفعل المشتری بعد المطالبه بالشفعه ضمنها المشتری علی المشهور المحکی فی کلام جماعه، بل عن الغنیه الإجماع علیه مع العلم بالمطالبه، بل لا- ینبغی الإشکال فیه بناء علی إراده الأخذ من المطالبه، ضروره صیرورته حینئذ ملکا للشفیع، فیضمنه المشتری کغیره بتعییه.

أما لو أرید من المطالبه إراده الأخذ بالشفعه کما هو مقتضی قوله و قیل: لا یضمنها، لأنه لا یملک بنفس المطالبه بل بالأخذ فهو مشکل إن لم یکن إجماعا و إن قال المصنف و غیره و الأول أشبه ضروره عدم موجب للضمان.

و ما فی الإیضاح و جامع المقاصد- من توجیهه بأن الشفیع استحق بالمطالبه أخذ المبیع کاملا أو تعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتری ضمنه له- کما تری، بل مقتضاه الضمان فی غیر هذه الصوره حینئذ التی اعترفوا فیها بعدمه، لأن استحقاق الشفیع لم یثبت بالمطالبه بل بالبیع، و إذا کان مضمونا علیه للشفیع فلا فرق بین أن یکون ذلک بفعل المشتری أو غیره.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

و كيف كان فقد حكى الخلاف فى ذلك عن الشيخ و أنه إليه أشار المصنف بالقيل، و قد سمعت عبارته فى الخلاف الخاليه عن ذكر المطالبه و عدمها.

و أما المبسوط فقال ما نصه: «إذا اشترى شقصا فوجب للشفيع فيه الشفعه فأصابه نقص أو هدم قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعه فهو بالخيار بين أن يأخذه ناقصا بكل الثمن أو يدع، سواء فى ذلك كان هدمها المشترى أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد، و كذلك إن احترق بعضهما، أو كانت أرضا فغرق بعضها، فللشفيع أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع، لأنه إن هلك بأمر سماوى فما فرط فيه، و إن هدمه هو فإنما هدم ملك نفسه، و إذا أخذه بالشفعه أخذ ما اتصل به و ما انفصل عنه من آلاته، لأنه جميع المبيع، و قيل: إنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصه من الثمن أو يدع، و الذى يقوى فى نفسى أنها إذا انهدمت و كانت آلاتها باقيه فإنه يأخذها و آلاتها بجميع الثمن أو يتركها، و إن كان قد استعمل آلاتها المشترى أخذ العرصه بالقيمه، و إن احترقت أخذ العرصه بجميع الثمن أو يترك». و نحوه عن جامع الشرائع.

و لعل نسبه الخلاف إليه باعتبار عدم ذكره المطالبه، بل جعل العنوان عدم أخذ الشفيع بالشفعه طالب أو لم يطالب، فبناء على إراده غير الأخذ من المطالبه فى كلامهم يكون مخالفا و إلا فلا، حتى لو قيل بالملك بها دونه، ضروره كونه خلافا فيما يحصل به الملك، و إلا فالمفروض فى كلامه قبل حصول الملك للشفيع.

نعم ظاهره التفصيل فى خصوص تلف البعض بين أن يكون بفعله و بين أن يكون بالآفه، فالأول يأخذه بما يخصه من الثمن، لأن ذلك هو المراد من القيمه و لو بقرينه ما بعده، و الثانى يأخذه بالثمن، و مرجعه إلى ما سمعته من ظاهر الخلاف.

و أما عبارته فی النهایه فهی «و الغائب إذا قدم و طالب بالشفعه کان له ذلک، و وجب علیه أن یرد مثل ما وزن من الثمن من غیر زیاده و لا نقصان، فان کان المبیع قد هلک بآفه من جهه الله أو من جهه غیر جهه المشتری أو هلک بعضه بشی ء من ذلک لم یکن له أن ینقص من الثمن بمقدار ما هلک من المبیع، و لزمه توفیه الثمن علی الکمال، فان امتنع من ذلک بطلت شفعته». و هی کما تری أجنبیه عن ذلک.

و علی کل حال فظاهره فی الکتب الثلاثه عدم الفرق بین فوات الجزء و الوصف إذا کان بالآفه، و هو لا یخلو من قوه، بل لعل المرسل(۱)المزبور دال علی ذلک، خصوصا مع ملاحظه کون المفروض فیه أن السیل خارق، و هو مستلزم لذهاب بعض الأنقاض، خصوصا إذا کانت من اللبن و نحوه مما یذهب بالسیل.

بل قد یقال: إن

قوله (علیه السلام) فیه: «لیس له»

إلی آخره مطلق لا یختص بخصوص مورد السؤال، فیشمل حینئذ صوره إتلاف المشتری أیضا بإحراق و نحوه.

بل لعل

قوله (علیه السلام)(۲): «فهو أحق بها من غیر، بالثمن»

یقتضی ذلک أیضا، ضروره کون المراد منه بیان أحقیه الشفیع من غیره بجمیع الثمن، تلف بعضه أو لا، و لیس المراد منه بیان أحقیته فی الکل بالکل و فی البعض بالبعض، و إلا لجاز للشفیع التبعیض اختیارا و هو معلوم العدم.

و کذا لا دلیل علی کون التلف فی ید المشتری بفعله أو بآفه من ضمانه کما

ورد مثله فی المبیع، علی أنه لا ضرر و لا ظلم علی الشفیع بعد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

عـدم إلزامه بـذلك، بل إن شاء أخـذ و إن شاء ترك، و لا أقل من أن يكون ذلك هو المتيقن من مشـروعيه الشـفعه التى عرفت مخالفتها للأصل على أنه لو كان ذلك من ضمانه لاتجه كون الهدم و نحوه أيضا من ضمانه.

و دعوى عـدم مقـابله ذلـك بـالثمن واضـحه الفسـاد، خصوصـا بعـد ملاـحظه المقـابله لو تعيب المبيع فى يـد البائع، بل و فى يد المشترى فى زمن خيـاره المضـمون أيضـا على البـائع، و فيمـا لو اشتراه فوجـده معيبـا و إن ذهب بعض الأصـحاب فى الأول إلى التخيير بين الأخذ بتمام الثمن و الترك، و لكنه قول مرغوب عنه.

و بـذلك يظهر لك النظر فيما وقع من الفاضل و الشـهيدين و الكركى و غيرهم من ضـمان المشترى لو كان التالف بعض أجزاء المبيع التى تقابل بالثمن، سواء كان بآفه سماويه أو بفعله قبل المطالبه أو بعدها، بل ظاهر بعضهم المفروغيه من ذلك.

و لذا فرض محل الكلام فى الصور الثلاثه السابقه فيما إذا انهدم أو تعيب مع عدم تلف شى ء من أجزاء المبيع التى تقابل بالثمن، و جعل الخلاف فى خصوص ما إذا كان بفعل المشترى بعـد المطالبه مع أن جمله من عبارات الأصـحاب كعباره المصـنف هنا و فى النافع مطلقه لا أثر فيها لاستثناء خصوص ما لو تلف بعض الأجزاء الذى هو غالب للانهدام المفروض فى عباراتهم.

و لقـد أجاد فى الرياض حيث إنه بعد ذكر الكلام فى الصور الثلاثه قال: «ثم إن الحكم بعدم الضـمان على المشترى حيث توجه إنما هو إذا لم يتلف من الشـقص شـى ء يقابل بشـى ء من الثمن و إلا قيل ضـمن بحصته من الثمن على الأشهر، قيل: لأن إيجاب دفع الثمن فى مقابله بعض المبيع ظلم، و فيه نظر، و لذا أطلق الحكم فى العباره هنا و فى المبسوط و غيرهما، و مع

ذلک یدفعه إطلاق ما مر من الخبر، فتأمل».

و کأنه أشار إلی ما ذکرناه من إطلاق المرسل(۱)المزبور الذی لا إشکال فی

شموله لتلف بعض الأجزاء بالسیل إن لم یکن ظاهرا فیه، و یکفی ذلک فی الدلاله علی المطلوب بعد الإتمام بعدم القول بالفصل، فیتجه عدم ضمان المشتری مطلقا من غیر فرق بین تلف بعض المبیع و غیره و بین کون ذلک بآفه أو بفعل المشتری، قبل المطالبه بمعنی إراده الأخذ بالشفعه علی وجه لا ینافی الفوریه و لو لوجود عذر و بعدها.

اللهم إلا أن یکون إجماعا کما عساه یتخیل فی خصوص إتلاف المشتری بعض أجزاء المبیع دون غیره، لعدم قائل بعدم الضمان فیه.

و لکن قد عرفت إطلاق المصنف و غیره ممن لم یتعرض فیه لذکر تلف بعض الأجزاء.

و أما إجماع الغنیه أیضا فی التعیب بفعله بعد المطالبه فلم نتحققه، لأنا لم نتحقق المراد بها هنا فی کلامهم هل هی الأخذ بالشفعه أو إراده ذلک علی وجه لا ینافی الفوریه، فإن کان الأول فلا ینبغی الخلاف فی الضمان إذا کان بفعل المشتری، من غیر فرق بین التعیب و الإتلاف، فالإجماع حینئذ فی محله، و إن کان الثانی فلا یخفی علیک ما فیه من الاشکال بل المتجه فیه عدم الضمان، ضروره عدم أثر لها إلا تأکد الاستحقاق الثابت بالعقد قبلها، فان کان هو الموجب للضمان ثبت بدونها، و إلا فلا ضمان معها أیضا کما هو واضح. فهو حینئذ مظنه الإجماع لا الضمان.

و من التأمل فیما ذکرنا یظهر لک التشویش فی المقام فی جمله من عبارات الأساطین کالفاضل و الشهیدین و غیرهم، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو غرس المشتری أو بنی علی وجه لا یکون ظالما فی ذلک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

بـأن قسـمه مع الشـفيع غير مخبر له بالشـراء بـل بإظهـار الوكـاله عن البـائع فيها أو بغير ذلك فطالب الشـفيع بحقه بمعنى أنه أخذ بالشـفعه فإن رضـى المشترى بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك بلا خلاف أجـده فيه من غير حاجه إلى استئـذان الشـفيع و إن صارت الأرض ملكا له، إذ هو ملكه، و له إزالته عن المكان المزبور، بل هو كتفريغ المبيع للمشترى.

و من هنـا لاـ يجب عليه إصـلاح الأـرض بطم الحفر مثلا، كما صرح به الفاضل فى القواعـد و غيرها و محكى المبسوط، لأنه لا يضمن العيب الذى فعله قبل الطلب بالتصرف فى ملكه، و بعده لتخليص الشقص للشفيع الذى قدم بأخذه بالشفعه على ذلك.

خلافـا للمحكى عن أبى على من إيجـاب الطم، و احتمله الفاضـل و غيره بـل عن الأردبيلى الميل إليه، بل إلى وجوب الأرش لو حصل فى الأرض نقص من القلع، حتى لو كان الطالب للقلع الشفيع، نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعه.

و فى المختلف «المختـار أن نقول: إن اختار المشترى القلع كان له ذلك، و عليه أرش ما نقص من الأرض بـذلك، و طم الحفر، لأنه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره، قوله: إنه تصرف فى ملكه قلنا:

إنه ممنوع، بل تصرف بالقلع فى ملك الشفيع، فكان عليه أرشه، نعم تصرفه بالغرس صادف ملكه، فلم يكن عليه غرم من اجره و غيرهـا، و لو اختـار الشـفيع القلع فالأـقرب عـدم وجوب الأـرش، لأـن التفريـط حصل من المشترى حيث غرس فى أرض متزلزله الملك، و لأنه غرس فى حق غيره بغيره إذنه، فأشبه ما لو بانت الأرض مستحقه، و

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «لا ضرر و لا ضرار»

مشترک بین الشفیع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من كتاب إحياء الموات.

و المشتری، فلا یختص به أحدهما».

و قواه فی جامع المقاصد و المسالک بعد أن حکیا عنه التفصیل فی وجوب الطم علیه بین کون القلع منه ابتداء فیجب، لأن النقص قد حدث فی ملک غیره بفعله لمصلحه من غیر إذن من الغیر، فیجب إصلاحه، و بین کونه لطلب الشفیع فلا یجب، لأن طلبه القلع یتضمن الاذن فی الحفر، و لیس هو کالغاصب، لأنه غیر عاد بفعله.

بل حکاه أولهما أیضا عن صریح التذکره و إن کنا لم نتحققه، کما أنه لا صراحه فی کلامه بالتفصیل الذی حکیاه، بل و لا ظهور، بل ربما استظهر منه إلزامه بذلک. اللهم إلا أن یکون قد لاحظا المفهوم فی کلامه.

و علی کل حال فالأقوی الأول وفاقا لمن عرفت، بل فی المسالک نسبته إلی صریح الشیخ و الأکثر، للأصل السالم عن معارضه دلیل معتد به یقتضی ذلک، و قاعده الضرر یدفعها إدخاله نفسه فیه بشفعته بالأرض التی هی کذلک، فهو حینئذ کمن أدخل مال غیره فی داره مثلا فاحتاج المالک فی إخراجها(۱)إلی خراب فی الدار، فإنه لا یضمنه له، لکون الإتلاف المزبور مستحقا له علیه، نحو ما لو غصب شجر الغیر فغرسه فی ملکه فقلعه المالک و نقصت الأرض، فلا ضمان حینئذ بالإتلاف المزبور الذی کان السبب فیه أقوی من المباشر، و

لا أقل من الشک فی حصول سبب الضمان معه، و الأصل البراءه.

و أما نقص الأرض الحاصل بالغرس و البناء فغیر مضمون علیه، لما عرفته سابقا فی مسأله التعیب و الانهدام.

۱- ۱ هکذا فی النسخه الأصلیه: المبیضه و المسوده بقلمه الشریف، و الصحیح« فی إخراجه».

لكن فى المسالك هنا أن فيه قولين: أشهرهما ذلك، لأن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن، فلا يضمنه المشترى كالنقص بالاستهدام و لأنه تصرف فى ملك نفسه؛ فلا يتعقبه ضمان، و قيل: يجب الأرش، خصوصا إذا كان بعد المطالبه.

و لم نتحقق القول المزبور حتى من الكركى الذى قد سمعت كلامه فى المسأله السابقه، فإنه وافق هنا، لكن قال: «نعم لو كان ذلك بعد المطالبه اتجه القول بضمانه على ما سبق فى مسأله الاستهدام و التعيب» و إن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما سمعته منه هناك.

كما أنه لا يخفى عليك ما فى إطلاق الفاضل هنا و التفصيل هناك، بل و إطلاق المصنف هنا أيضا أن للشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يدع مع تفصيله السابق.

بل فى المسالك أن ظاهر إطلاق العباره يقتضى عدم ضمان النقص الحاصل بالقلع أيضا، لحكمه بأنه يأخذ بكل الثمن الشامل لحاله النقص بالغرس و القلع و عدمه.

و فيه أن الأرش الحاصل بالقلع لا مدخليه له فى الأخذ بكل الثمن بل هو غرامه حاصله له بعد الشفعه بفعله فى ملك غيره الذى قد أخذ منه بكل الثمن، فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان ف ان امتنع المشترى من الإزاله كان الشفيع مخيرا بين إزالته و دفع الأرش، و بين بذل قيمه الغراس و البناء و يكون له مع رضا المشترى، و بين النزول عن الشفعه كما صرح به غير واحد.

نعم فى قواعد الفاضل تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على

إشكال، و بين بذل قيمه البناء و الغرس إن رضى المشترى، و مع عدمه نظر، و بين النزول عن الشفعه.

بل فى إيضاح ولده «أن الاشكال الأول فى موضعين: الأول فى القلع، و ينشأ من أن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، و من أن المشترى تام الملك قبل أخذ الشقص، و لهذا ملك النماء، و من بنى فى ملكه لم يتعد كالذى لا شفعه عليه، و جواز انتزاعه من يده ليس موجبا لتعديه و نقض بنائه، و إلا لثبت فى الموهوب إذا غرس أو بنى، و رجع الواهب على القول بالجواز، و لأن الشفعه موضوعه لازاله الضرر فلا يزال بالضرر، الثانى فى وجوب الأرش مع القلع، و ينشأ من أنه نقص دخل على ملك المشترى لمصلحه الشفيع، و إلى هذا ذهب الشيخ فى المبسوط، و من أن التفريط حصل من المشترى حيث زرع فى أرض متزلزله الملك، و اختاره المصنف فى المختلف».

و فيه أن الاشكال الأول واضح الفساد، ضروره عدم تصور وجوب إبقاء ملك الشفيع مشغولا بملك المشترى على الدوام بعد انقطاع حقه من الأرض إلا أن يتخيل وجوب قبول الأجره على الشفيع أو بذل القيمه و إن لم يرض، و لكنهما معا كما ترى.

و لذا جزم الكركى بأنه وهم و أن بطلانه أظهر من أن يحتاج إلى بيان، و هو كذلك، إذ وجوب الإبقاء بالأجره مما لا يحتمله أحد فى المقام، و لعله لما ستعرفه من كون صاحب الأرض كالمغصوب بعد امتناع المشترى من الإزاله، فلا يجبر مع كونه مظلوما و مغصوبا، لأنه لم يرض بالإبقاء الذى هو غير الابتداء على القبول بالأجره، كما هو واضح.

نعم ما ذكره من الإشكال الثانى فى محله و إن كان وجوب الأرش هو الذى صرح به الشيخ و ابنا زهره و إدريس و الفاضل فى جمله من كتبه

و الشهیدان و الکرکی علی ما حکی عن بعضهم.

لکن الإنصاف قوه ما فی المختلف من عدم وجوب الأرش، بل مال إلیه فی محکی التذکره، لوجوب الإزاله علیه بعد طلبها من الشفیع، و الضرر هو الذی أدخله علی نفسه بفعله فی الأرض المستحقه الانتزاع منه، بل الظاهر کونه ظالما بإبقائه البناء و الغرس فی أرض الغیر و امتناعه من القلع، و کون الابتداء بحق لا یقتضی کون الاستدامه کذلک، إذ لم یحصل من المالک ما یقتضی الإذن فیها، کما فی العاریه التی تقدم الکلام فیها فی محله. و حینئذ فیندرج فی

قوله (علیه السلام)(۱): «لا حق لعرق ظالم»

و لذا کان له جبره علی القلع، ضروره کونه المتصرف فی مال الغیر دون صاحب الأرض، فتأمل جیدا فإنه ربما دق.

علی أنه لو کان المالک مستحقا لأرشه لاتجه وجوبه له حتی لو قلعه هو مع طلب الشفیع، إذ مع فرض استحقاقه له لا تفاوت فیه بین الامتناع و عدمه، بل لعله فی الثانی أولی.

ثم إن الأرش الذی یجب دفعه علی الشفیع، إن کان هو تفاوت ما بین کونه مقلوعا و باقیا ففیه ما عرفت من أنه غیر مستحق للبقاء علیه، فلا وجه لدفع عوض عما لا یستحقه.

و إن کان المراد به النقص الذی قد یحصل علیه بنفس القلع لا من حیث بقائه ففیه أنه بعد أن کان مستحقا علیه علی وجه لو باشره لم یتبع به الشفیع لا معنی لاتباعه به بعد الامتناع، خصوصا إذا کان ذلک بمباشره الحاکم، فتأمل جیدا. علی أن الأرش المزبور قد لا یحصل، کما إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها و حال قیامها، لأنها قلعت علی وجه لم یحصل فیها عیب، و ظاهرهم لزوم الأرش للقلع.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الغصب- الحدیث ۱.

و إن أريد به تفاوت ما بين كونها مقلوعه فعلا و مستحقه القلع واقفه ففيه أن ذلك متصور فى قلع غير المستحق لاحتمال عفو المستحق مثلا، فتزيد قيمتها بذلك حينئذ، أما مع قلع المستحق الذى تفوت معه جميع احتمالات البقاء الحاصله من احتمال رضاه فلا وجه لفرض التفاوت فيه، نعم لو فرض أن للمالك الإبقاء بأجره قهرا على الشفيع اتجه حينئذ الأرش المزبور، و المفروض عدم ذكر أحد له وجها فضلا عن القول به، فتأمل جيدا.

و أما النظر الذى ذكره الفاضل فى الثانى مع عدم رضا المشترى بالقيمه فلا ريب فى أن الأقوى توقف ذلك على الرضا، و ليس له أخذ البناء و الغرس بالقيمه قهرا على المالك.

و لكن فى الإيضاح أن جمهور أصحابنا على ذلك، و فى جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر و إن كنا لم نتحقق ذلك، نعم فى المبسوط «قلنا للشفيع أنت بالخيار بين ثلاثه أشياء: بين أن تدع الشفعه، أو تأخذ و تعطيه قيمه الغرس و البناء، أو تجبره على القلع، و عليك قيمه ما نقص» و عن أبى على «كان الشفيع مخيرا بين أن يعطى قيمه ما أخذ من المشترى و بين أن يترك الشفعه» و لم نجد غيرهما.

و على كل حال فلا ريب فى ضعفه، بل هو مناف لأصول المذهب و قواعده، بل يمكن إراده الشيخ أن ذلك مع الرضا.

و على كل حال فحيث تبذل القيمه باتفاقهما أو قهرا على المالك فعلى المختار يقوم غير مستحق للبقاء بأجره، بل مستحق القلع بلا أرش، و تدفع إلى المالك.

و على غيره ففى القواعد لم يقوم مستحقا للبقاء فى الأرض و لا مقلوعا، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش، بل إما أن يقوم الأرض و فيها الغرس

ثم تقوم خاليه، فالتفاوت قيمه الغرس، فيدفعه الشفيع أو ما نقص منه، أو يقوم الغرس مستحقا للترك بالأجره أو لأخذه بالقيمه إذا امتنعا من قلعه.

و نحوه فى الدروس، و لكن قال: «و هذا لا يتم إلا على قول الشيخ بأن الشفيع لا يملك قلعه، و أنه يجاب إلى القيمه لو طلب تملكه، و هو مشكل».

قلت: مضافا إلى أنه لا- يقهر على الثانى منهما أيضا، فكل منهما غير مستحق إلا مع الرضا به، فلا وجه لملاحظته فى التقويم، بل قد ينقدح من ذلك الإشكال فى جعل الثانى من أحد وجوه التخيير، ضروره عدم انحصار وجوه التراضى فيه.

بل قد يشكل الوجه الأول من وجهى التقويم أيضا بأنه قد يكون لضميمه كل من الغرس و الأرض إلى الآخر باعتبار الهيئه الاجتماعيه دخل فى زياده القيمه، و ذلك بتمامه لا- يستحقه المشترى، فكيف يكون ما عدا قيمه الأرض خاليه من مجموع القيمتين حقا للمشترى.

بل قد يشكل الثانى أيضا بأنه لا يتم على القول بوجوب دفع الأرش مع القلع، لأنه لا يملك طلب الأجره على الإبقاء، إذ القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرش، فما دام لا يبذله فالإبقاء واجب عليه، و لا اجره له عليه.

و فى المسالك «أنه لا يقوم مستحقا للبقاء فى الأرض مجانا و لا مقلوعا مطلقا، لأنه إنما ملك قلعه مع الأرش فيقوم كذلك، بأن يقوم قائما غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرش أو باقيا فى الأرض بأجره إن رضى المالك، فيدفع قيمته كذلك إلى المشترى، و إن اختار القلع فالأرش هو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه» و لعله لا يخلو من شى ء مع

التأمل فيما ذكرناه من أنه لا استحقاق له فی البقاء.

و لو دفع الأـجره فلاـ أرش له من حيث البقـاء، نعم قـد يحصـل فيه نقص بـالقلع و قـد لاـ يحصل، كما لو فرض قلعه على وجه لا نقصان فيه فيه عن حال قيامه، و حينئذ فلا أرش محقق بالقلع على القول به، و أما على المختار فلا يحتاج إلى شی ء من ذلك. و قـد تقـدم تحقيـق القول فی الأـرش فی الغرس فی الأـرض المسـتعاره(۱)و فيمـا لو جـاء السـيل بنخله شـخص فغرسـها فی ملك الغير(۲)فلاحظ ما تقدم لنا فی الكتب السابقه، و الله العالم.

و على كل حال فلو اختلف الوقت فاختار الشـفيع قلعه فی وقت أسـبق تقصـر قيمته عن قلعه فی وقت آخر ليخف الأرش عليه فله ذلك إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجی ء الزمان الذی تكثر فيه قيمته، كما هو واضح.

و لو غرس المشتری أو بنی مع الشفيع أو وكيله فی المشاع على وجه يكون الغرس و البناء بالاذن المعتبر بأن كان الشفيع لا يعتقد الشفعه له، أو يتوهم كثره الثمن ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعه فالحكم كما إذا غرس أو بنی بعد القسمه.

و أمـا الثـالث و هو النزول عن الشـفعه الـذی حكی عن المبسوط أنه قـال: «لا كلام فيه» و فی جامع المقاصـد «لا بحث فيه» و فی المسالـك «هو واضـح» فقـد يشـكل بـأنه لا دليل على تسلط الشـفيع على فسـخ شـفعته بعـد أن أخـذ بها. كما هو المفروض فی موضوع المسأله.

نعم لو كان هذا التخيير قبل الأخذ لكان جواز النزول بمعنى ترك

۱- ۱ راجع ج ۲۷ ص ۱۷۵- ۱۷۸.

۲- ۲ راجع ص ۲۰۹.

الأخذ بالشفعه واضحا لا بعد الأخذ، خصوصا لو رضی المشتری ببذل الغرس و البناء له مجانا و إن كان لا يجب عليه القبول، لما فيه من المنه.

و لكن أقصی ذلك أنه يجبره الحاكم علی قلعه و علی دفع الأجره مده الامتناع بل و علی اجره القلع إن احتاج، و الله العالم.

و إذا زاد ما يدخل فی الشفعه تبعا كالودی المبتاع مع الأرض فيصير نخله أو الغرس من الشجر يعظم و كزياده أغصان الشجر و نحو ذلك مما هو نماء متصل بالعين التی تعلقت الشفعه بها فالزياده للشفيع بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط، بل قيل: مراده نفيه بين المسلمين بل و لا إشكال، ضروره تبعيه ذلك للعين التی تعلق بها حق الشفعه.

نعم فی المسالك «الودی بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه و الياء المشدده أخيرا بوزن «غنی» فسيل النخل، و زاد بعضهم قبل أن يغرس، و لكن المراد هنا المغروس ليكون تابعا للأرض، أما غير المغروس فلا شبهه فی عدم تبعيته للأرض فی الشفعه».

قلت: هو كذلك إذا كان مطروحا علی وجه الأرض، أما إذا كان نابتا فی أسفل النخله مثلا و لكن لا يكون نخله حتی يقلع منها ثم يغرس فدعوی عدم تبعيته للأرض فی الشفعه محل منع، خصوصا مع فرض كون عنوان الشفعه البستان و الحائط، كما فی بعض نصوص الجمهور(۱)الذی انجبر بعمل الأصحاب. ضروره دخول ذلك و نحوه فيه، نعم لو تجدد فسيل بعد البيع لم يكن للشريك الشفعه فيه، لعدم دخوله فی المبيع.

و أما ما يبس من أغصان الشجر أو سعف النخل بعد الابتياع و تعلق حق الشفعه به فلا يبعد بقاؤها فيه حتی لو قطع منها، للأصل،

۱- ۱ سنن البيهقی- ج ۶ ص ۱۰۴ و ۱۰۹.

و لأنه كالأحجار المنقضه من الدار، و كذا كل ما كان كذلك من الكرب و نحوه.

و توهم كونه من النماء المنفصل فيختص به المشترى يـدفعه فرض تعلق حق الشـفعه به حال الابتياع و لا دليل على زواله، نعم لو كان كـذلك حال الابتياع أمكن منع الشـفعه فيه لكونه منقولا أو بحكمه حال الابتياع، فلا يتعلق به حق الشـفعه، بل يكون حينئذ من ضم المشفوع إلى غير المشفوع، و الله العالم.

هذا كله فى النماء المتصل على الوجه المزبور.

أما النماء المنفصل المتخلل بين العقـد و الشـفعه كسـكنى الدار و ثمره غير النخل بل و النخل بعد التأبير فهو للمشترى بلا خلاف بـل و لا- إشـكال، ضـروره أنه نماء ملكه و إن كان متزلزلا، على أنه ليس من متعلق البيع الـذى ثبت فيه حق الشـفعه، فهى حينئذ للمشترى و إن بقيت على الشجره، لأنها بحكم المنفصل.

نعم لو حمل النخل بأن حصل فيه الطلع بعد الابتياع فأخذ الشفيع قبل التأبير قال الشيخ (رحمه الله) فى محكى المبسوط:

فيه قولان: أولاهما أن الطلع للشـفيع لأنه بحكم السعف كما يومئ إليه اندراجه فى بيع البستان، و لعله لذا يحكى عن الفاضل فى التذكره أنه قوى الدخول فى الشفعه فيما إذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم أخذه الشفيع قبل التأبير.

و لكن الأشبه بأصول المذهب و قواعده اختصاص هذا الحكم بالبيع (۱۱) لدليله الذى قد عرفت الحال فيه فى محله، فلا يلحق به الشفعه.

و أبعد من ذلك ما يحكى عنه أيضا فيه و فى الخلاف من أنه إذا باع النخل منضما إلى الأرض و هو مثمر و شرط الثمره فى البيع كان للشفيع أخذ ذلك أجمع، لعموم الأخبار، و نحوه ما سمعته من التذكره فى غير المؤبر.

و فيه أن الفرض تخصيص عمومها بغير المنقول الذى منه الثمره و إن بقيت عليه إلى أوان بلوغها، و حينئذ فهو من بيع المشفوع و غير المشفوع الذى قد عرفت أخذ الشفيع له بما يخصه من القيمه، و كذا الحال فى كل ما كان نحو الثمره فى الاستعداد للنقل.

و على كل حال فالمشترى يستحق بقاء الثمره إلى وقت أخذها مجانا بلا خلاف أجده، و هو إن تم إجماعا كان الحجه، لا ما ذكروه من أن له أمدا ينتظر، و ستعرف الكلام فى الزرع الذى هو نحو ذلك، و الله العالم و الهادى.

و لو باع شقصين من دارين مثلا فان كان الشفيع واحدا فأخذ منهما أو ترك جاز، و كذا إن أخذ من إحداهما و عفا عن شفعته من الدار الأخرى.

و ليس كذلك لو عفا عن بعض شفعته من الدار الواحده ضروره وضوح الفرق بينهما و إن كان الداران ملكا لواحد و المشترى واحدا، بأن الشركه فى أحد الشقصين سبب غير الشركه فى الآخر فلا تكون الشفعه فيهما واحده بخلاف الدار، فان سبب الشركه فيها واحد كما أشرنا إلى ذلك عند البحث فى عدم جواز تبعض الشفعه، فلاحظ، و الله العالم.

و لو بان الثمن الذى دفعه المشترى مستحقا للغير فان كان الشراء بالعين و لم يجز المالك فلا شفعه، لتحقق

البطلان بالبيع الذى هو سبب استحقاق الشفعه. و إن كان الثمن فى الذمه ثبتت الشفعه، لثبوت الابتياع و إن فسد الوفاء بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك و لا إشكال، و الله العالم.

و لو دفع الشفيع الثمن للمشترى فبان مستحقا بعد أن كان الشفيع جاهلا به لم تبطل شفعته على التقديرين أى كون ثمن المشترى معينا أو مطلقا، ضروره كون البيع صحيحا و هو سبب الشفعه، إذ المستحق هو ما دفعه الشفيع لا المشترى، أو أن المراد تقديرى أخذ الشفيع الشفعه بالثمن المستحق بأن قال مثلا: تملكت الشقص بهذه الدراهم أو المطلق الذى رضى المشترى به فى ذمته، فقال: تملكته بعشره دراهم، ثم دفع المستحق وفاء.

و لعله أولى ليوافق ما فى غيره من كتب الأصحاب، و الأمر سهل بعد وضوح الحكم، و هو عدم البطلان، لأن المفروض جهله، فلا ينافى ذلك الفوريه على كل تقدير، و إنما يجب عليه الفور بعد العلم.

نعم فى الدروس «إنها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فوريه» و لا بأس به بناء على ما ذكرناه من كون الأخذ بالشفعه لا يكون إلا بعد دفع الثمن، أو أنه جزء المملك.

لكن فى المسالك «و لو كان عالما ففى بطلانها وجهان مبنيان على أن الملك يحصل بقوله: أخذت أو به و بدفع الثمن، فعلى الأول لا يضر لحصول الملك، و على الثانى يحتمل البطلان، لمنافاته الفور، و الصحه لأن المعتبر فوريه الصيغه، و الأصل عدم اعتبار غيرها».

و لا يخفى عليك ما فى الأخير، ضروره كون المراد فوريه نفس الشفعه لا الصيغه المفروض كونها جزء مملك، و لذا جزم بالبطلان مع ذلك الكركى.

ثم قال: «و ربما فرق مع العلم بين كون الثمن معينا و مطلقا، لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينافى الفوريه، بخلاف المطلق، فإن الأخذ صحيح، ثم ينفذ الواجب بعد ذلك».

قلت: لا ينبغى التأمل فى الصحه مع الإطلاق إذا رضى المشترى بكونه فى ذمته ثم دفع المستحق للغير، أما الإطلاق بمعنى أنه قال فى مجلس الشفعه: أخذت بعشره دراهم مثلا- ثم دفعها فى المجلس فالظاهر البطلان معه أيضا، لفوات الفوريه بالمعنى الذى ذكرناه.

ثم قال: «و الوجهان آتيان فى بطلان الأخذ، و يفتقر إلى تمليک جديد أم يصح و الثمن دين عليه، و الأظهر الثانى مع الإطلاق». و فيه ما عرفت، و الله العالم.

و لو ظهر فى المبيع عيب حال البيع فأخذ المشترى أرشه لاختياره ذلک أو لانحصار الحق فيه لإحداثه فى المبيع حدثا يمنع الرد أخذه الشفيع بما بعد الأرش الذى هو كالجزء منه، فالثمن حينئذ هو الباقى بعد الأرش فيأخذ به الشفيع.

و إن أمسكه المشترى معيبا و لم يطالب بالأرش أخذه الشفيع بالثمن أو ترک لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد، كما ذكر ذلک غير واحد، لكنه لا يخلو من نظر تعرفه عند تحقيق المسأله فيما يأتى إنشاء الله تعالى، و الله العالم.

[مسائل ست]

[المسأله الأولى لو قال اشتريت النصف بماءه فترك ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين لم تبطل الشفعه]

الأولى قد عرفت فيما سبق أن من الأعذار التى لا تسقط معها الشفعه على القول بفوريتها ما لو قال المشترى مثلا اشتريت النصف بماءه فترك الشفيع الأخذ بها ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين فإنه إذا كان كذلك لم تبطل الشفعه و إن كان هو مقتضى التقسيط الموافق للاخبار المفروض كذبه، لأصاله بقائها بعد عدم دليل على بطلانها بغير الإهمال رغبه عنها بعد معرفه الواقع.

و كذا لو قال: «اشتريت الربع بخمسين» فترك ثم بان أنه اشترى النصف بماءه لم تبطل شفعته، لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد و قد لا يرغب فى المبيع الناقص فلم يتحقق الإهمال المزبور الذى هو عنوان سقوطها، فيبقى أصاله بقائها بحاله، كما تقدم تحقيق ذلك كله و بيان الضابط فيه و أصل الحكم بذلك، فلاحظ و تأمل.

نعم لو علم أن عدم الأخذ بها لا من حيث كثره الثمن أو قله المبيع بل رغبه عنها على كل حال فالظاهر السقوط. و من هنا يتجه للمشترى اليمين على الشفيع لو ادعاه بذلك.

كما يتجه بقاؤها مع الشك فى الحال لموت الشفيع مثلا، ضروره أنه بناء على ما ذكرنا متى قام احتمال العذر لوجود الغرض المعتد به عند

العقلاء و یمکن استناد الترک إلیه کفی فی استصحاب بقائها. و لعل عباره المصنف و غیره موافقه لذلک و إن کان قد یحتمل القول بأن الشفعه علی خلاف الأصل، و المتیقن ثبوتها مع کون الترک لعذر و إلا سقطت، لکن الأول أقوی و أوفق بإطلاق الأدله، و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا بلغه البیع فقال أخذت بالشفعه فإن کان عالما بالثمن صح]

المسأله الثانیه إذا بلغه البیع فقال: «أخذت بالشفعه» فإن کان عالما بالثمن صح و ترتب الأثر علیه و إن قلنا بتوقف الملک علی دفع الثمن أو الرضا بالصبر به، إذ المراد بالصحه ما یشمل التأهل لترتب الأثر کصحه الأجزاء.

و إن کان جاهلا لم یصح و إن علم بعد ذلک و دفع ف- لو قال حینئذ «أخذت بالثمن بالغا ما بلغ» لم یصح مع الجهاله تفصیا من الغرر کما لو قدم المشتری مثلا علی الشراء بالثمن المجهول و رضی به، فان الدخول علی تحمل الغرر لا یرفع حکم المترتب علیه من بطلان المعاوضه مع وجوده، و الفرض أن الشفعه بمعنی المعاوضه، لأنه یأخذ بالثمن الذی بیع به. و من هنا اشترط علمه به حین الأخذ حذرا من الغرر اللازم علی تقدیر الجهل، لأن الثمن یزید و ینقص، و الأغراض تختلف فیه قله و کثره.

هذا خلاصه ما فی المسالک و الروضه و جامع المقاصد، بل و المصنف و غیره ممن علل الحکم بالغرر.

بل لعله لذلک اشترط أیضا العلم بالمثمن فی جامع المقاصد و الروضه

و محکی التذکره و إن کنا لم نجده لغیرهم، نعم ذکر الشیخ و أبو الصلاح و الفاضلان و الشهیدان و الکرکی و الکاشانی علی ما حکی عن بعضهم اشتراط العلم بالثمن.

بل قیل: إنه لم یذکر هذا فضلا عن الأول فی المقنع و المقنعه و النهایه و الوسیله و الغنیه و المهذب و المراسم و فقه القرآن و السرائر و النافع و التبصره، بل فی مجمع البرهان لا دلیل علیه من عقل و لا نقل إلا أن یکون إجماعا.

قلت: هو کذلک بعد عدم ثبوت عموم النهی عن الغرر أولا، و عدم ثبوت کونها معاوضه ینافیها الغرر ثانیا.

نعم قد یقال: إن الشفعه علی خلاف الأصل و المتیقن من شرعیه الأخذ بها إن لم یکن المنساق من نصوصها هو حال العلم بالثمن، مضافا إلی ما عرفت من اعتبار دفعه فی التملک بها، و مع عدم العلم به لا طریق إلی دفعه، و احتمال الاجتزاء بدفع ما یعلم فیه الثمن لا یکفی فی قطع الأصل المزبور.

لکن ذلک کله لا یقتضی اشتراطه علی کیفیه اشتراطه فی البیع بحیث لا یجدی قول: «أخذت بالشفعه» و إن علم به بعد ذلک و دفعه. اللهم إلا أن یدعی ظهور

قوله (علیه السلام)(۱): «فهو أحق بها من غیره بالثمن»

و «لیس له إلا الشراء و البیع الأول»(۲)

فی ذلک.

و لکنه واضح المنع، ضروره أن أقصاه اعتبار دفع الثمن لا العلم به حال الأخذ.

و بالجمله فالذی یمکن استفادته من الأدله عدم الشفعه مع فرض

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من کتاب الشفعه- الحدیث ۱.

الجهل به على وجه لا يتحقق أنه أخذ بالثمن و بالشراء الأول لموت البائع و المشترى و لا بينه أو لغير ذلك، و هو الذى تسمعه فيما يأتى من المصنف و غيره من كون الجهل مسقطا للشفعه أما غيره فلا.

و لعله لذا ترك اشتراطه من عرفت على وجه يظهر منه عدم اشتراطه و لو بملاحظه ذكره غيره من الشرائط، و أنه فى مقام البيان، و قاعده حجيه مفهوم اللقب فى عبارات الفقهاء، بل من تعرض لذلك اقتصر أكثرهم على ذكر ذلك فى الثمن دون المثمن.

و لكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغى تركه، خصوصا بعد ما عرفت من أنها على خلاف الأصل، و الله العالم.

[المسأله الثالثه يجب على الشفيع تسليم الثمن أولا]

المسأله الثالثه قد عرفت سابقا أنه يجب على الشفيع تسليم الثمن أولا، فإن امتنع الشفيع لم يجب على المشترى التسليم حتى يقبض لما تقدم سابقا من توقف حصول الملك عليه مع طلب المشترى له، فلا حق حينئذ للشفيع قبله و إن قال: «أخذت بالشفعه».

نعم قد يشكل ذلك بناء على حصول الملك بالقول المزبور بأن الشفعه معاوضه أو كالمعاوضه يعتبر فيها التقابض لا تقديم الثمن أولا و إن قيل: إن ذلك لجبر وهنه بالأخذ منه قهرا، بخلاف البيع المبنى على التراضى من الجانبين، فلم يكن أحد المتعاوضين أولى من الآخر بالبدءه فيتقابضان معا مع أنه قد قيل بوجوب تسليم البائع أولا فيكون هنا أولى.

إلا أن ذلك كله كما ترى لا يوافق أصول الإماميه، بل مقتضى القول

المزبور تسليم المشترى الشقص أولا، ضروره كونه الذى هو بمنزله البائع للشفيع، اللهم إلا أن يريد بذلك أصل الابتداء من أحدهما لا التقابض و الله العالم.

[المسأله الرابعه لو بلغه أن المشترى اثنان فترك الشفعه فبان واحدا لم تبطل الشفعه]

المسأله الرابعه:

لو بلغه أن المشترى اثنان فترك الشفعه لذلك فبان واحدا أو واحد كذلك فبان اثنين أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره أو بالعكس لم تبطل الشفعه ل- ما عرفت من اختلاف الغرض فى ذلك عند العقلاء، و قد عرفت الضابط و غيره مما يتعلق بذلك.

و ما أدرى ما الذى دعا المصنف إلى عدم نظم هذه الأمثله كما صنع الفاضل فى القواعد؟ مع أن كتابه مبنى على التهذيب، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا كانت الأرض مشغوله بزرع يجب تبقيته]

المسأله الخامسه:

إذا كانت الأرض مشغوله بزرع على وجه شرعى يجب على الشفيع تبقيته إلى أوانه مجانا كما فى القواعد و التذكره و التحرير و الدروس. قيل: لأنه تصرف بحق، إذ المفروض أنه تصرف بعد القسمه الشرعيه أو بالإذن مع الإشاعه و له أمد ينتظر، فتكون مدته كالمنفعه المستوفاه للمشترى و لا كذلك الغرس و البناء، فإنه لا أمد لهما ينتظر فيه القلع.

و لكنه كما ترى لا يرجع إلى دليل معتد به شرعا، خصوصا إذا كان

الزرع بعد القسمه على الوجه الشرعى فأخذ الشفيع بالشفعه، فإنه لم يكن إذن من الشفيع بالزرع حتى يكون كالعاريه التى قد عرفت البحث فيها سابقا.

و دعوى كونه حينئذ كالمشترى للأرض ذات الزرع يدفعها- بعد التسليم- إمكان منع الحكم فى المشبه به إذا لم يكن عرف يقتضى ذلک على وجه يكون كالشرط المضمر.

على أن مقتضى ما ذكروه من الأمد عدم تسلط الشفيع على فسخ الإجاره لو وقعت من المشترى، لأن لها أوانا ينتظر.

و لعله لذا قال فى جامع المقاصد «لو آجر المشترى إلى مده فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجاره من دون ترجيح» و لكن لا يخفى عليک ما فيه خصوصا مع فرض طول مده الإجاره.

و بالجمله فهذه اعتبارات لا- توافق أصول الإماميه، و من هنا كان المحكى عن جامع الشرائع أنه يجبر المشترى على القلع بعد ضمان الأرش كالغرس.

قلت: بل المتجه بناء على ما ذكرنا عدم الأرش و إن كان لم نجد القائل به، و الله العالم.

و على كل حال ف فى الإرشاد و كذا الدروس و محكى المبسوط و شرح الإرشاد للفخر أن الشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعه فى الحال و بين الصبر حتى يحصد، لأن له فى ذلک غرضا، و هو الانتفاع بالمال و الفرض تعذر الانتفاع بالأرض المشغوله فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به من غير مقابل، فيجوز له حينئذ تأخير الأخذ، لأن تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن.

و فى المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و محكى التذكره و ظاهر التحرير

لاـ يجوز له التأخير، و في المسالك لا يخلو من قوه، لأن الشفعه على الفور و مثل ذلك لا يثبت عـذرا، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع، فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعا.

و لعله لذلك قال المصنف و كذا الفاضل في القواعد و في جواز التأخير مع بقاء الشفعه تردد.

و لكن لا يخفى عليك قوه الأول، لأن الشفعه و إن كانت على خلاف الأصل إلا أنه بعد تعلقها يكون مقتضى الأصل بقاؤها بعد عدم دليل على الفوريه على وجه ينافي ذلك، خصوصا بعد ما سمعت ما ذكروه من الأعذار التي لا تنطبق إلا على إراده سقوطها مع إهمالها رغبه عنها لا مع الغرض المعتد به عند العقلاء.

و كـذا الكلاـم في ذي الثمره التي يجب بقاؤهـا أيضـا إلى قطافهـا، اللهم إلاـ أن يقـال: إن الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ هنا فلا عذر، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا سأل البائع الشفيع الإقاله فأقاله لم يصح]

المسأله السـادسه قـد عرفت فيمـا تقـدم أيضـا أنه إذا سـأل البائع الشـفيع الإقاله أو بالعكس فأقاله لم يصـح، لأنها إنما تصـح بين المتعاقدين و هما البائع و المشتري دون الشفيع الذي يأخذ من المشتري، كما هو واضح، و الله العالم.

[المقصد الرابع فی لواحق الأخذ بالشفعه]

اشاره

المقصد الرابع فی لواحق الأخذ بالشفعه

[مسائل]

[المسأله الأولی إذا اشتری المشتری بثمن مؤجل قال الشیخ للشفیع أخذه بالثمن عاجلا]

الأولی:

إذا اشتری المشتری ما فیه الشفعه بثمن مؤجل قال الشیخ فی المبسوط و الخلاف و أبو علی و الطبرسی فیما حکی عنهما:

للشفیع أخذه بالثمن عاجلا و له التأخیر و أخذه بالثمن فی محله و هو المحکی عن أبی حنیفه و الشافعی فی الجدید، لاختلاف الذمم فی ذلک، فیجب إما التعجیل و إما الصبر إلی وقت الحلول، و لا ینافی ذلک الفوریه بعد أن کان التأخیر لغرض معتد به عند العقلاء و لیس هو للرغبه عن الشفعه.

و لکن قال الشیخ فی النهایه: یأخذه أی الشفیع الشقص من المشتری عاجلا و یکون الثمن علیه إلی وقته حتی لو مات المشتری و حل ما علیه و إن احتمل حلوله علی الشفیع حینئذ، لکنه واضح الضعف لما ستعرف. و و إنما یلزم کفیلا- بالمال إن أراده المشتری و لم یکن هو وفیا ملیا

و هو أشبه عند المصنف و كافه من تأخر عنه، بل هو المحكى أيضا عن المقنعه و المهذب و الغنيه و السرائر، بل فى الخلاف نسبته إلى قوم من أصحابنا مشعرا بوجود القائل فيه غير المفيد ممن تقدم، و أنه قوى، لأن حق الشفعه على الفور، فترك الطلب إلى الأجل مناف له، و أداء الثمن فى الحال زياده صفه فى الثمن لا يلزم بها الشفيع.

فالقول الأول حينئذ يستلزم أحد محذورين، إما إسقاط الشفعه على تقدير ثبوتها أو إلزام المشترى بزياده لا موجب لها، و كلاهما باطلان.

بيان الملازمه أنه لو جوزنا له التأخير لزم الأمر الأول، و المفروض أنها على الفور على ما اعترف به الخصم، و إن لم نجوز له التأخير ألزمناه بزياده صفه، و هى تعجيل الثمن من غير موجب.

بل ظاهر

قوله (عليه السلام)(۱): «هو أحق بها من غيره بالثمن»

إراده المماثله بعد معلوميه عدم إراده نفس الشخص، و لا تتحقق إلا بالمساواه فى الأجل، و عدم تساوى الذمم الذى ذكره الخصم لا يقتضى ما عرفت من التخيير، لإمكان التخلص بالكفيل الوفى الملى مع فرض عدم كون الشفيع كذلك، فتبقى الشفعه

حينئذ على الفور بعد سقوط العذر بما عرفت.

هذا و لكن فى الرياض المناقشه بأن الخبر المزبور لم يدل إلا على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع، و هو لا يستلزم وجوب الأخذ بالشفعه حالا إلا على تقدير اعتبار الفوريه، و المفروض عدمه، فالمتجه على هذا التخيير بين الأمرين اللذين ذكرهما فى المبسوط و الخلاف و بين ما ذكره الأصحاب، و هو فى غايه القوه إن لم يكن إحداث قول ثالث فى المسأله.

قلت: لكن فيه أنه لا وجه حينئذ لجواز التأخير بعد فرض مشروعيه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

الشفعه بالآجل، ضروره إمكان الفور بالشفعه بلا ضرر على الشفيع.

و لا وقع لقوله:

«و المفروض عدمه» ضروره أن الاشكال على القول بالفوريه، لا على التراخى الذى يمكن معه تأخير الشفعه إلى وقت الحلول، و ما سمعته من الدليل مبنى على الفور، و الشيخ (رحمه الله) جعل التأخير للعذر الذى لا ينافى الفوريه الذى هو قد اعترف به.

نعم على التراخى يتجه البحث أيضا فى أن له الشفعه معجله مع بقاء الثمن فى ذمته إلى الأجل أولا، بل يؤخرها إلى الأجل، لأن الذمم غير متساويه. و بالجمله ما ذكره فى غايه السقوط على القول بالفوريه.

كما أنه قد يناقش المشهور بمنافاته لما سمعته منهم من وجوب دفع الثمن أولا، لتوقف استحقاق الشفعه عليه، أو لأنه جزء مملك أو شرط كاشف، أو لأن ذلك حكم تعبدى للشفعه و إن لم يتوقف عليه الملك.

و احتمال اختصاص ذلك بغير المؤجل مجرد تهجس لا يساعد عليه شى ء من الأدله التى هى- مضافا إلى إطلاق أدله الشفعه-

قوله (عليه السلام)(۱): «هو أحق بها من غيره بالثمن»

و ما فى المكاتبه(۲)من أنه «ليس للشفيع إلا الشراء و البيع الأول»

و خبر على بن مهزيار(۳)المشتمل على بطلان الشفعه بالتأخير عن الثلاثه أيام فى المصر، و فى غيره بعد مضى مقدار الذهاب و الإياب إليه كما عرفته سابقا، و ليس فى شى ء منها تعرض للثمن المؤجل.

على أن مقتضى ذلك اختلاف كيفيه التملك بالشفعه فى المؤجل و غيره و النصوص كادت تكون صريحه فى اتحاد كيفيتها.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

و أيضـا لـو كـان المراد من الثمن فی النصـوص المزبوره مـا يشـمل المؤجـل لكـان المتجه اعتبـار جميع مـا يـذكر شـرطا فيه بين المشترى و البـائع من المكـان و الرهن و الكفيـل و غير ذلـك، إذ لاـ فرق بين اشتراط الزمـان لأدائه و اشتراط غيره من المكان و نحوه مما يرجع إليه، و لا أظن أحدا يلتزمه.

و أيضا إذا فرض شمول النصوص المزبوره للمؤجل على أجله فلا وجه للمطالبه بالكفيل بعد عدم ثبوت الحق، و دعوى اختلاف الـذمم فی ذلـك لاـ ترجع إلى دليل معتبر يوافق أصول الإماميه بحيث يقطع به إطلاق الأدله و يسـقط الحق الثابت منها مع فرض تعذر الكفيل عليه، خصوصا مع العلم بحال الشفيع، و إنما يناسب هذه الاعتبارات مذاق العامه القائلين بذلك، كأحمد و مالك و الشافعی فی القديم.

و أيضا يتجه عليه أنه لا يجب على المشترى قبوله فضلا عن البائع لو بذله الشفيع حالا، لتعذر الكفيل عليه مثلا، كما لا يجب على البائع قبوله من المشترى كـذلك، إذ الأجل حق لهما، و يمكن أن يكون للمشترى غرض بالتأخير، و ظاهر المفيد بل صـريحه فی المقنعه التزامه ذلك.

و لكن لا يخفى ظهور كلامهم فی غيره، و استشـكله فی الرياض بناء على مـذهب المشـهور ثم قال: «و لا يبعد اللزوم عليه التفاتا إلى أن الحكـم بالتأجيـل فی حق الشـفيع إنمـا هـو مراعـاه لحقه و اسـتخلاص له عن لزوم التعجيـل به، فـإذا أسـقط حقه و تـبرع بالتعجيل فلا موجب للمشترى عن عدم قبوله مع دلاله الإطلاقات على لزومه».

قلت: مع فرض دلاله الإطلاق على ذلك لم يكن وجه لجواز شـفعته مؤجلا، ضروره أن مبنى ذلك كما عرفت دعوى ظهور قوله (عليه السلام):

«بالثمن» فی المماثله حتى بالتأجيل، و حينئذ يكون الأجل بالنسبه إليه

كالأجل بالنسبه للمشترى، و إن كان الأقوى ما عرفت من ظهور الأدله فى اعتبار الحلول فى الثمن فى مشروعيه الشفعه عندنا.

و إنما كلامنا على المشهور الذى مقتضاه أن للمشترى عدم القبول و إن بذله الشفيع و إلزامه بالكفيل.

و فيه ما عرفت، مضافا إلى منافاته للإرفاق بالشفيع الذى ثبتت له الشفعه مراعاه للضرر عليه، و لا ريب فى حصول كمال الضرر عليه بإلزامه بالكفيل و عدم قبول الثمن حالا منه على وجه تسقط شفعته إن لم يتيسر له ذلك.

و أيضا قد عرفت أن الشفعه على خلاف الأصل، و المتيقن من ترتب الأثر على الأخذ بها مع دفع الثمن فعلا، بل إن لم يكن إجماع على كفايه الصبر من المشترى فى ثبوته فى ذمه الشفيع أمكن المناقشه فى ثبوتها فيها على وجه يكون دينا له على الشفيع و يملكه بالإيجاب من الشفيع خاصه.

و على كل حال فقد ظهر لك من ذلك كله أن المتجه حينئذ اعتبار الحلول عليه متى أخذ بالشفعه ليتم ملكه للشقص، و لظاهر

قوله (عليه السلام)(۱): «أحق بالثمن»

و المراد منه من حيث المقدار، و خبر ابن مهزيار(۲)و غير ذلك مما أشرنا إليه.

نعم هل يكون التأجيل للمشترى عذرا للشفيع لو أراد التأخير بشفعته من حيث الزياده له بناء على الفوريه؟ وجهان لا يخلو أولهما من قوه بناء على ما تكرر منا غير مره من أن مقتضى إطلاق الأدله ثبوت حق الشفعه على الدوام، و الضرر على المشترى بذلك هو الذى أدخله على

نفسه بشرائه ما فيه الشفعه غير ملاحظ لما يسقطها، و لكن للإجماع

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

المحکی أو غیره قلنا بسقوطها مع الإهمال رغبه عنها من حیث کونها کذلک لا لغرض معتد به عند العقلاء، و بعد تسلیم عدم کون ذلک عذرا مجوزا للتأخیر لا مدخل له فیما ذکرناه من أن الشفعه علی الحلول مطلقا.

و حینئذ فکلام الشیخ (رحمه الله) قد تضمن أمرین لا مدخلیه لأحدهما فی الآخر، و الله العالم.

[المسأله الثانیه الشفعه تورث]

المسأله الثانیه قال المفید و المرتضی (رحمهما الله) و أبو علی و الشیخ فی بیع الخلاف و ابن إدریس و یحیی بن سعید و الآبی و الفاضل و الشهیدان و الکرکی و المقداد و ابن فهد و الصیمری و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم:

إن الشفعه تورث و لو للإمام (علیه السلام) سواء طالب المورث أو لا إذا لم یکن ذلک إسقاطا، بل ظاهر المرتضی و عن صریح السرائر الإجماع علیه، لعموم الأدله کتابا(۱)و سنه(۲)سیما

المرسل(۳)فی المسالک و غیرها عنه (صلی الله علیه و آله) «ما ترک المیت من حق فهو لوارثه»

المندرج فیه حق الخیار بلا خلاف. بل قیل: إنه متفق علیه،

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱ و ۲ و غیرهما- من أبواب موجبات الإرث من کتاب المواریث.

۳- ۳ لم نعثر علی مصدر لهذا المرسل فی کتب الأخبار للخاصه و العامه، و انما اشتهر علی ألسنه الفقهاء و ذکر فی المجامع الفقهیه: و الموجود« من مات و ترک مالا- فلورثته» أو« فللوارث» کما فی الوسائل- الباب- ۳- من أبواب ولاء ضمان الجریره و الإمامه- الحدیث ۴ و ۱۴. و مسند احمد ج ۲ ص ۲۹۰ و ۴۵۳ و ۴۵۶ و ج ۳ ص ۲۹۶ و ۳۷۱ و ج ۴ ص ۱۳۱.

و كذلك حق القذف و غيره مما هو كالشفعه، و تجدد ملك الوارث لا ينافى أخذ ما استحقه مورثه.

و لكن مع ذلك قال الشيخ فى النهايه و محكى الخلاف هنا و المهذب و الوسيله و الطبرسى لا تورث بل عن المبسوط نسبته إلى الأكثر تعويلا على روايه محمد بن يحيى عن طلحه بن زيد(۱)

عن جعفر بن أبيه عن على (عليهم السلام) أنه قال: «لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم، و قال: إن رسول الله (صلى الله عليه و آله)

قال: لا يشفع فى الحدود، و قال: لا تورث الشفعه».

و لكن هو أى طلحه بن زيد بترى بل قيل: إن محمد بن يحيى غير معروف و إن كان فيه أن الظاهر كونه الخزاز، بل قيل: إن الظاهر عد حديث طلحه من القوى أو الموثق لأن كتابه معتمد و داخل تحت إجماع العده و أن صفوان يروى عنه، إلا أن ذلك غير مجد بعد إعراض من عرفت عنه و تحقق خلاف الأكثريه المحكيه.

و من هنا كان الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها عدم الخروج بمثله عن العمومات، خصوصا بعد رجوع الشيخ فى الخلاف إلى الأول فى كتاب البيع المتأخر عن الشفعه، و معلوميه كون النهايه متون أخبار و روايه الصدوق له أعم من عمله به، كما لا يخفى على من لاحظ كتابه.

فينحصر الخلاف حينئذ فى نادر، و خصوصا بعد إضماره و موافقته للمحكى عن الثورى و أبى حنيفه و أحمد، و لذا قال المصنف تمسكا بعموم الآيه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

فمن الغريب بعد ذلک کله میل المقدس الأردبیلی إلی العمل أو قوله به، و الله العالم.

[المسأله الثالثه الشفعه تورث کالمال]

المسأله الثالثه و هی أی الشفعه بناء علی أنها تورث کالمال تقسط علی النصیب لا الرؤوس فلو ترک زوجه مثلا و ولدا فللزوجه الثمن و للولد الباقی بلا خلاف أجده فیه بیننا و إن توهم ذلک من عباره المبسوط، قال: «فمن أثبت المیراث فی الشفعه ورثه علی فرائض الله، فان خلف زوجه و ابنا کان لها الثمن و الباقی لابنه، و علی هذا أبدا عند من قسمه علی الأنصباء، و من قسمه علی الرؤوس جعله بینهما نصفین» و الظاهر أنه أراد العامه.

قال فی محکی التذکره: «اختلفت الشافعیه، فقال بعضهم: إن الشافعی قال: إنها علی عدد الرؤوس، و نقله المزنی عنه، و قال بعضهم:

هذا لا یحفظ عن الشافعی، فإن الجماعه إذا ورثوا أخذوا الشفعه بحسب فروضهم قولا واحدا، لأنهم یرثون بالشفعه عن المیت، لا أنهم یأخذونها بالملک».

لکن فی المختلف بعد أن ذکر ما فی المبسوط قال: «إن کلامه الأخیر یصیر المسأله خلافیه».

و علی کل حال فلا خلاف محقق و لا إشکال، ضروره أنه مقتضی ثبوتها بالإرث القسمه علی النصیب کغیرها من الموروث، و لیس ثبوتها

بالشركه، و لذا أثبتها من لم يقل بالشفعه مع الكثره كما أومأ إليه فى الدروس و غيرها.

قال: «ليس هذا مبنيا على الكثره، لأن مصدرها واحد، فتقسم على السهام- ثم قال-: و لك أن تقول هل الوارث يأخذ بسبب أنه شريك أم يأخذ للمورث ثم يخلفه فيه؟ فعلى الأول يتجه القول بالرؤوس و على الثانى لا».

و من الغريب بعد ذلك كله ما فى الرياض من دعوى «أن الحجه على ذلك غير واضحه عدا ما استدلوا به لإثبات أصل المسأله من عمومات الإرث، و هو حسن إن بلغ درجه الحجه كما ظنوه، و إلا- كما ذكره بعض الأجله، و لعله لا يخلو من قوه- ففيه مناقشه، و الأصل يقتضى التسويه، لكن المخالف لهم غير معروف و إن ذكروه قولا، و الظاهر أنه من العامه كما يستفاد من جماعه».

و فيه أنه مع فرض عدم تناول أدله الإرث لذلك لا شفعه أصلا للوارث الذى تجدد ملكه بعد حصول البيع و إن كانت ثابته للمورث، لكن الفرض عدم تناول أدله الإرث لذلك، فليس حينئذ إلا الشركه المتجدده و هى لا تقتضى الشفعه، كما هو واضح.

ثم إن ذكر الزوجه فى المتن و غيره لبيان أنها لا تحرم من الشفعه و إن حرمت من بعض الأشياء، بل قد يقال: إنه لبيان أنها ترث الشفعه فى العقار و إن لم تكن ترث من الشقص الذى استحق به المورث الشفعه، فهى تشارك الورثه فى الشفعه دون الشقص الذى انتقل إليه من المورث، فان استحقاقهم الشفعه ليس للشركه، ضروره تجدد ملكهم، بل هو للإرث المشترك بينهم و بينها فى سببه المستفاد من الكتاب(۱)و السنه(۲).

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱ و ۲ و غيرهما- من أبواب موجبات الإرث من كتاب المواريث.

اللهم إلاـ أن يقال: إنها تمنع من الإرث للعقار و للحق المتعلق به المقتضى لانتقاله أيضا، خصوصا مع ملاحظه ما رود(۱)من حكمه منعها من الإرث منه مؤيدا بأن إرث الشفعه إنما يكون بارث سببه، و الفرض عدم إرثها فى الشقص الذى هو سببها. إلا أن الجميع كما ترى.

و عليه قد يتصور إرثها للشفعه بالشركه فى الشرب، فإنها ترث منه و يتبعه إرثها للشفعه حينئذ.

و بالجمله فالمراد أنها حيث ترث الشفعه يكون لها الثمن فى المشفوع و الباقى للولد إذا لم يكن غيرهما، لا أنه يكون بينهما بالنصف كالشريكين على القول بثبوتها مع تعدد الشركاء، كما عرفت الكلام فيه مفصلا.

و احتمال القول به هنا كذلك أيضا لبعض النصوص السابقه يدفعه عدم الجابر له فى المقام لما عرفت، و الله العالم.

و كيف كان ف- لو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط الشفعه و إن قلنا بالسقوط لو وقع ذلك عن المورث الذى لا شريك له فيها، بناء على منافاه مثله للفوريه، و الفرض عدم صحه التبعيض منه، بخلاف الفرض الذى قد اشترك فيه جميع الورثه، فلا يسقط الحق بعفو البعض نعم لو فرض أن الوارث واحد و عفا عن البعض سقطت بناء على السقوط بمثله فى المورث.

و على كل حال فإذا عفا البعض كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع لأن عفوه إنما يسقط استحقاقه نفسه الأخذ لا الشفعه عن مقدار حقه، لما عرفت من عدم تبعض الشفعه، و الفرض أن مصدرها هنا واحد، فليست إلا شفعه واحده و إن تكثر المستحق لها على وجه توزع عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب ميراث الأزواج- من كتاب المواريث.

و بذلك ظهر لك الفرق بين المقام و بين العفو من أحد الشركاء بناء على ثبوتها مع الكثره، لأنها باعتبار تعدد مستحقيها أصاله كانت بمنزله تعدد الشفعات، فيمكن القول بصحه عفو البعض بالنسبه إلى نصيبه خاصه، و لا تبعيض فى الشفعه كما سمعته من أبى على سابقا، بل سمعت ما يقتضى قوته.

لكن عن التذكره هنا «الوجه أن حق العافى للمشترى، لأنهما لو عفوا معا لكان الشقص له فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له، بخلاف حد القذف، فإنه وضع للزجر، فلله تعالى فيه حق» بل قد سمعت سابقا ما فى الانتصار أيضا، بل تأمل فى ذلك أيضا المقدس الأردبيلى هنا.

و هو و إن كان مؤيدا لما ذكرناه سابقا على القول بالكثره إلا أن الانصاف إمكان الفرق بين المقامين بما عرفت.

و كيف كان فقول المصنف و فيه تردد ضعيف محتمل لإراده بيان احتمال سقوط أصل الشفعه بعفو البعض كالمورث، و لإراده بيان صحه عفو العافى فى نصيبه، فيأخذ غيره من شركائه ما عداه، و قد عرفت وجه ضعفه على كلا التقديرين.

نعم لو عفا أحد الوراث و طالب الآخر فمات المطالب و ورثه العافى فله الأخذ بالشفعه، لاستحقاق المطالب الجميع بعد عفو العافى، فبموته؟ انتقل استحقاقه إلى وارثه الذى هو العافى، و لا يضر عفوه السابق، لأن هذا حق آخر بسبب آخر غير الأول.

فما فى القواعد و المحكى من حواشيها للشهيد من الإشكال فى ذلك غير محله.

و لو مات مفلس و له شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعه، بناء

على المختار من انتقال التركه للوارث و إن استغرقها الدين، أما على القول ببقائها على حكم مال الميت ففى ثبوت الشفعه إشكال، و على تقديره ففى الأخذ بها له إشكال.

و لو بيع بعض ملك الميت فى الدين لم يكن لوارثه المطالبه بالشفعه بناء على أن التركه ملك له، بل و على القول بأنها على حكم مال الميت و أنه لا يملك شيئا منها إلا بعد قضاء الدين، ضروره تجدد ملكه حينئذ بعد البيع، فلا يستحق شفعه، نعم لو قلنا بأنه يملك الزائد عن قدر الدين اتجه احتمال ثبوتها له، لأنه شريك حينئذ.

و كذا الكلام فيما لو كان الوارث شريكا للمورث فبيع نصيب المورث فى الدين.

و لو اشترى شقصا مشفوعا و أوصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعه لسبق حقه، و يدفع الثمن إلى الورثه، و بطلت الوصيه التى هى ليست أولى من الوقف، لتعلقها بالعين لا البدل.

و لو أوصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعه الوارث، بناء على أن القبول ناقل، لأنه المالك حينئذ دون الموصى له، نعم بناء على أن القبول كاشف عن ملكه بالموت تكون الشفعه له إذا قبل و شفع فورا، و لا يستحقها قبل القبول، لعدم العلم بكونه مالكا قبله، و حينئذ يتجه كونه عذرا له.

لكن فى الدروس «هل يكون ذلك عذرا له؟ الأقرب لا» و فيه ما عرفت.

بل فى القواعد «و لا يستحق الوارث أى المطالبه لأنا لا نعلم أن الملك له قبل الرد- ثم قال-: و يحتمل مطالبه الوارث، لأن الأصل عدم القبول، و بقاء الحق».

و فيه أنه- مع اعتبار الرد فى تملكه أيضا مقتضـى- الأصل عـدمه، فهو حينئـذ مملوك لمالك فى الواقع غير معين، و عدم القبول الذى يدعى أصاله عدمه مرجعه إلى أمر وجودى، و هو إنشاء عدم إرادته لا السـكوت فإذا مات انتقل إلى وارثه، و هكذا تملك كل منهما فى الحقيقه متوقف على أمر وجودى مقتضـى الأصل عدمه، لأن الموت صالح لتمليك الموصـى له و لتمليك الوارث لمكان الوصيه المستعقبه للقبول و الرد، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاؤه.

و على تقدير استحقاقه المطالبه لو طالب ثم قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانيا، لظهور عدم استحقاق المطالب، و لو لم يطالب الوارث حتى قبـل الموصـى له فلاـ شـفعه للموصـى له، بناء على النقل، و فى الوارث وجهان مبنيان على ثبوتها لمن باع قبل العلم ببيع شريكه و عدمه، أقواهما الثبوت، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه سقطت شفعته]

اشاره

المسأله الرابعه:

إذا باع الشـفيع نصيبه بعد العلم بالشفعه على وجه لا ينافى الفوريه قال الشيخ و القاضى و ابن حمزه و يحيى بن سعيد و الفاضل و الشـهيد و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعضـهم سـقطت شـفعته بل لا خلاف فيه محقق كما سـتعرف، لأن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما إذا بارك أو ضـمن الدرك و لأن الاستحقاق لها بسبب النصيب مع البيع، للضرر المنفى حال البيع، و قد زال بزوال أحد جزئيه، فيزول المسبب، و لا يكفى وجوده حال الشراء، لظهور

قوله (علیه السلام)(۱): «لا شفعه إلا لشریک غیر مقاسم»

فی اعتبار حصولها حال الشفعه و إلا لثبت لغیر شریک، مؤیدا بما سمعته من کون العله فی ثبوتها الضرر الممتنع مع البیع.

و لکن قد یناقش بمنع الإیذان المزبور، ضروره أعمیه البیع منه، و بأن المسلم من جزئیه الشرکه للسبب حصولها حال البیع، لا بقاؤها إلی حال الأخذ، فإن النصوص إنما هی فی بیان موضوع استحقاق الشفعه لا أخذها.

و دعوی ظهورها فی اعتبار بقاء وصف الشریک الغیر المقاسم حال الأخذ واضحه

المنع، بل صریح کلامهم فی استحقاق الشفعه للشریک و إن حصلت القسمه الشرعیه مع الوکیل أو غیره.

و الضرر إنما هو حکمه لا عله، و الظهور من الخبر المزبور قد عرفت أنه حین تعلقها للعین الأخذ بها، و لیس ذلک إثباتا لها لغیر شریک بل هو استدامه لثبوتها حال الشرکه، هذا کله مع العلم.

أما لو باع قبل العلم فعن الشیخ و یحیی بن سعید و ظاهر ابن حمزه لم تسقط، لأن الاستحقاق سابق علی البیع و فی القواعد ففی البطلان إشکال ینشأ من زوال السبب و من ثبوته قبل البیع، قیل و نحوها ما فی التحریر و الحواشی و الدروس من عدم الترجیح مع المیل فی الأخیر إلی البطلان الذی هو خیره الإرشاد و المختلف و جامع المقاصد و مجمع البرهان، و فی المسالک لا یخلو من قوه.

لکن لا یخفی علیک ما فی التعلیل المزبور المقتضی للصحه أیضا فی الصوره السابقه، فمن الغریب الاشکال هنا من جهته مع الجزم بالسقوط فی الأول فضلا عن الجزم بعدم السقوط هنا، و لعله لذا جزم من عرفت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الشفعه- الحدیث ۲.

بالبطلان كالأولى، إلا أنه قد عرفت الإشكال فى ذلك.

و أما المتن فالموجود عندنا فى نسختين و حكى أيضا عن ثلاث نسخ مصححه محشاه و لو قيل ليس له الأخذ فى الصورتين كان حسنا بل فى الدروس حكايه البطلان عنه أيضا، و حينئذ يكون من القائلين بالسقوط فيهما.

لكن فى المسالك «أن الذى اختاره المصنف عدم البطلان مطلقا، لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه، فيستصحب لأصاله عدم السقوط، و لقيام السبب المقتضى له، و هو الشراء، فيجب أن يحصل المسبب».

و لعله عثر على نسخه خاليه عن لفظ «ليس» و من هنا جعل الأقوال فى المسأله ثلاثه: السقوط مطلقا، و عدمه كذلك، و التفصيل بين حالى العلم و الجهل، و حينئذ يكون موافقا لما ذكرناه من أن الأقوى عدم السقوط مطلقا، مع أنه لا وحشه من الانفراد مع الحق، كما لا انس بالكثره مع الباطل.

و على كل حال فلا إشكال فى أن للمشترى الأول الشفعه على الثانى إذا لم يشفع الشفيع بنصيبه بناء على ثبوت الشفعه له، ضروره كونه حينئذ شريكا قديما، و قد حدث عليه ملك المشترى الثانى، بل و إن شفع فى أقوى الوجهين، كما قدمنا ذلك سابقا، و الله العالم.

و منه يعلم الوجه فى قول المصنف

[تفريع لو باع الشريك و شرط الخيار للمشترى ثم باع الشفيع نصيبه فالشفعه للمشترى]

تفريع على قوله أى الشيخ (رحمه الله) لو باع الشريك و شرط الخيار للمشترى ثم باع الشفيع نصيبه قال الشيخ: الشفعه للمشترى الأول، فإن (لأن خ ل) الانتقال تحقق (يتحقق خ ل) بالعقد و حينئذ يكون شريكا قديما قد حدث عليه ملك المشترى الثانى، فيأخذ الشفيع منه حيث لا تسقط شفعته

ببیع نصیبه أو قلنا بعدم السقوط مطلقا، و یأخذ هو من المشتری الثانی.

و لو کان الخیار للبائع أو لهما فالشفعه للبائع الأول عند الشیخ (رحمه الله) بناء منه علی أن الانتقال لا یحصل إلا بانقضاء الخیار فالبائع حینئذ هو الشریک.

و علی ما یحکی عنه فی الخلاف من أن الخیار إذا کان للمشتری وحده ینتقل الملک عن البائع و لا یثبت للمشتری یتجه عدم الشفعه لکل منهما و إن کان هو فی غایه الضعف، بل قد عرفت أن الأصح انتقال المبیع إلی المشتری مطلقا، فالشفعه حینئذ له کذلک علی الوجه الذی ذکرناه، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو باع شقصا فی مرض الموت من وارث و حابی فیه فان خرجت من الثلث صح]

المسأله الخامسه:

لو باع شقصا فی مرض الموت من وارث أو غیره و حابی فیه بأن باعه بنصف قیمته مثلا فان خرجت المحاباه من الثلث صح بلا خلاف و لا إشکال و کان للشریک أخذه بالشفعه بما وقع علیه العقد من الثمن، لإطلاق الأدله و إن لم یخرج منه بأن لم یکن له ما عداه مثلا و لم نقل بخروج المنجز من الأصل، کما هو الأصح صح البیع منه (۱۱) فی- ما قابل الثمن و ما یحتمله الثلث من المحاباه (۱۲) لا غیرهما إن لم تجز الورثه (۱۳) و یأخذ الشفیع حینئذ ذلک بکل الثمن.

فلو فرض مثلا کون قیمه الشقص مائتین فحابی و باعه بماءه و لیس له سواه صح البیع فی خمسه أسداسه التی هی النصف و الثلث، و بطل فی السدس الذی لم یقابله ثمن، فیأخذ الشفیع إن شاء خمسه أسداسه بکل

الثمن، لأن الأصل لزوم البيع من الجانبين، خرج منه ما زاد عن الثلث مما لا عوض عنه، فيبقى الباقى، و لأن ذلك بمنزله بيع و هبه، فالبيع منه ما قابل الثمن و الهبه ما زاد. فتنفذ فى الثلث منه و تبطل فى الباقى.

نعم لا يتم ذلك فى الربوى كما إذا كان جميع تركته كرا من طعام قيمته سته دنانير فباعه بكر ردى قيمته ثلاثه، فإن الحكم بصحه ما قابل الثمن منه و الثلث و البطلان فى السدس يستلزم الربا، ضروره كونه حينئذ خمسه أسداس كر بكر.

و من هنا روعيت المطابقه بين العوضين فى المقدار مع إيصال قدر العوض و الثلث إلى المشترى، فيرد على الورثه ثلث كرهم و قيمته ديناران و يردون عليه ثلث كره و قيمته دينار، فيصح البيع فى ثلثى كل واحد منهما بثلثى الآخر.

لكن الفاضل فى أكثر كتبه و الكركى و ثانى الشهيدين قالوا بمثل ذلك فى غير الربوى أيضا، لأن فسخ البيع فى بعض المبيع يقتضى فسخه فى قدره من الثمن، لوجوب مقابله أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما لا يجوز فسخ البيع فى جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعا فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، و إذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما، لأن المانع فى الموضعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر، كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع فى إحداهما، فإن المشترى يأخذ الأخرى بقسطها من الثمن، فالمتجه حينئذ فى مسأله الدار المزبوره صحه البيع فى ثلثيها بثلثى المأه فيأخذ الشفيع ذلك به إن شاء.

إلا أنه لما كانت المسأله دوريه- لأنه لا يعرف قدر ما يصح فيه البيع إلا بعد أن يعرف مقدار التركه لتخرج المحاباه من ثلثها، و لا يعرف مقدار التركه إلا إذا عرف قدر الثمن، لأنه محسوب منها، لانتقاله إلى

ملک المریض بالبیع- کان لمعرفه ذلک طریقان:

أحدهما إسقاط الثمن من قیمه المبیع و نسبه الثلث إلی الباقی، فیصح البیع بقدر تلک النسبه، ففی المثال تسقط الماءه التی هی الثمن من قیمه المبیع، و هو المائتان، فیبقی ماءه، و ینسب ثلث الترکه- و هو سته و ستون و ثلثان- إلی الباقی بعد الاسقاط، و هو الماءه فیکون ثلثین فیصح البیع فی ثلثین بثلثی الثمن.

و الثانی طریق الجبر و المقابله کما تقدم ذلک کله فی کتاب الوصایا، فلاحظ و تأمل.

هذا کله علی المختار من کون المنجزات من الثلث و إلا فقد قیل هنا یمضی البیع فی الجمیع بالثمن من الأصل و یأخذه الشفیع حینئذ بذلک بناء علی أن منجزات المریض ماضیه من الأصل لکن قد بینا فساده فی محله، فلاحظ و تأمل.

ثم لا یخفی أنه لا فائده فی تخصیص المصنف الحکم بالوارث إلا ما قیل من التنبیه بذلک علی خلاف العامه فی المحاباه معه، فان منهم من حکم بصحه البیع و منع الشفعه، و منهم من منعهما، و منهم من أثبتهما، لکن کان الأولی أن یقول: وارث أو غیره لا الاقتصار علیه خاصه، و الأمر سهل.

[المسأله السادسه إذا صالح المشتری الشفیع علی ترک الشفعه صح و بطلت الشفعه]

المسأله السادسه:

إذا صالح المشتری مثلا الشفیع علی ترک الشفعه صح و بطلت الشفعه کما صرح به الشیخ و الحلی و الفاضل و الشهیدان و الکرکی

و غيرهم، بل لا أجد فيه خلافا و إن أشعر به ما فى المفاتيح من نسبته إلى القيل.

بل عن ظاهر المبسوط و التذكره الإجماع عليه حيث قيل فيهما: عندنا لأنه حق مالى كالخيار فينفذ فيه الصلح الذى أدلته عامه له و لغيره من إسقاط حق الزوجه و غيره على وجه يكون الصلح هو المسقط فلا يحتاج بعد إلى إنشاء مسقط نحو الصلح القائم مقام الإبراء.

و دعوى الشك فى مشروعيه الصلح على الوجه المزبور يدفعها ظهور اتفاق الأصحاب على مشروعيته على الوجه المذكور الذى هو عندهم كالصلح النقلى المملك.

و لا يلزم من ذلك مشروعيته على وجه يفيد فائده الطلاق أو النكاح أو التحرير أو الوقف أو غير ذلك من العقود بعد ظهور الاتفاق على خلافه.

و عموم جوازه بين المسلمين لو سلم اقتضاؤه ذلك لا يجدى بعد ما عرفت الذى هو العمده فى ذلك لا اعتبار الألفاظ المخصوصه فيها، خصوصا مثل الطلاق الذى

ورد(۱)فيه «إنما الطلاق أن يقول.

أنت طالق»

إذ هو- مع أنه لا يتم فى غير الطلاق مما لم يرد فيه الحصر المزبور- لا ينافى

المشروعيه بالصلح بعد تسليمها، ضروره كونه صلحا مفيدا فائده الطلاق أو الوقف أو التحرير، لا أنه طلاق و وقف و تحرير فهو عقد مستقل برأسه مفيد فائده غيره لا أنه فرع على غيره كما قاله الشيخ، و قد عرفت ضعفه فى محله. فالعمده فى المنع حينئذ ما عرفت.

و على كل حال فما فى المتن و غيره من كتب الأصحاب من الصلح المذكور فى المقام يراد منه المعنى المزبور، و هو الذى يكون مقتضاه السقوط، من غير حاجه إلى مسقط بعد ذلك.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۶- من أبواب مقدمات الطلاق- الحديث ۳.

و يمكن تصور وجهين آخرين للصلح: أحدهما وقوعه على أن يوجد المسقط كغيره من الأعمال، و ثانيهما إيقاعه على أن لا يأخذ بالشفعه و إن كانت هى حقا له، و لعل عموم الصلح مع عدم ظهور اتفاق على العدم يقتضى الجواز.

إلا أن الأول مع فرض عدم وفائه بما عليه من إنشاء المسقط الذى يفرض توقف السقوط عليه لا يحصل به السقوط حينئذ، لكن لو فعل المصالح ضد ما صولح عليه بأن أنشأ ما يقتضى الأخذ بالحق يترتب على ذلک أثره و إن أثم بعدم الوفاء بالأول أو لا أثر له بعد أن ملک عليه غيره بعقد الصلح؟ وجهان أقواهما الثانى.

و ربما يؤيده ما ذكروه فى اشتراط عدم العزل فى الوكاله و فى اشتراط تحرير العبد فباعه مثلا أو بالعكس، بل و ما ذكروه أيضا فى منذور الصدقه مثلا و غير ذلک.

و أما الثانى فلا يبعد أنه على النحو المزبور أيضا، فلا يؤثر بعد إنشاء الشفعه المستحق عليه تركها نحو استحقاق عدم العزل عن الوكاله على الموكل مثلا بالاشتراط فى عقد لازم.

و منه يعلم صحه شرط ترک الأخذ به فيه أيضا، فلا يؤثر إنشاؤها بعد ذلک، و ليس ذلک من مخالفه الكتاب و السنه، فان المراد عدم الأخذ بما يستحقه، لا إبطال أصل الاستحقاق.

كما أنه لا ينافى ذلک عدم صحه انتقالها من ذى الحق إلى غيره لو صالح عنها أجنبى على وجه يراد إثبات الشفعه له و إن كان قد يحتمل، لعموم أدله الصلح، فهو حينئذ و إن لم يكن ممن حصل له سبب الاستحقاق بالأصاله لكنه بالصلح استحقه من ذى الحق الذى هو مسلط عليه كتسلطه

على ماله، و لذا ينتقل إلى الزوجه حق ضربها من القسم و ينتقل إلى الأجنبى حق الحجر.

بل قد يحتمل ذلك فى الخيار أيضا بناء على أن الفسخ به هو المملك للعين، نحو ما قيل فى الرجوع بالطلاق، لا أنه معيد للسبب الأول، فحينئذ ينقل الخيار بالصلح، و يملك المصالح بالفسخ العين ذات الخيار.

و لكن يدفع ذلك كله- مضافا إلى إمكان دعوى الإجماع على خلافه- عدم دليل يقتضى تسلط ذى الحق على حقه بحيث ينقله إلى غيره، و خصوصيات الموارد لا تفيد العموم، و عمومات الصلح و الشرط لا تقتضى ذلك، خصوصا بعد ملاحظه اتفاق الأصحاب ظاهرا لا أقل من الشك، فتبقى حينئذ على مقتضى أصاله عدم الانتقال.

و على كل حال فلا يشكل أصل الحكم هنا بأنه إذا شرع فى عقد الصلح كان ذلك منافيا للفوريه، فتبطل و يبطل الصلح حينئذ، لإمكان منع منافاه ذلك للفوريه، و لإمكان وقوع الصلح مع الوكيل الذى لا يقدح التراخى منه فى حق الموكل، و إمكان صلح الشفيع قبل العلم بثمن المبيع أو فى حال معذوريته عن الفور بعذر من الأعذار السابقه، فيصح الصلح حينئذ على حسب ما عرفت، و إن كان عوض الصلح بعض الشقص، إذ ليس هو من تبعيض الشفعه الممنوع كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا تبايعا شقصا فضمن الشفيع الدرک عن البائع لم تسقط بذلک الشفعه]

المسأله السابعه إذا تبايعا شقصا فضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عهده الثمن عن المشترى فى نفس العقد أو شرط المتبايعان أو

أحدهما الخيار للشفيع لم تسقط بذلک الشفعه مع فرض عدم منافاه الفوریه بناء علی اعتبارها، کما عن الشیخ و غیره التصریح به، لعدم دلاله شی ء من ذلک مع عدم قرائن علی الإسقاط، إذ یمکن أن یکون ذلک منه لإراده إیجاد السبب الذی یستحق به الشفعه.

فما عن التحریر و الإرشاد- من الإشکال فی الأول بل فی المختلف أن الأقوی البطلان فیهما لأنه دال علی الرضا بالبیع- واضح المنع، بل لو اختار اللزوم قبل أن یشفع و لم نقل باعتباره فیها- کما هو الظاهر لإطلاق الأدله الشامل للبیع المتزلزل- لم تسقط شفعته، کما هو مقتضی إطلاق المحکی عن الخلاف و المبسوط و صریح غیره، للأصل و غیره.

فما عن الإیضاح- من القول به لأن إجازه البیع بعده إسقاط للشفعه بإجماع القائلین بهذا القول- لا یخفی علیک ما فیه بعد فرض عدم المنافاه للفوریه، خصوصا مع القول بعدم سقوطها بالمبارکه التی هی أولی من ذلک، فما ذکره (رحمه الله) لا حاصل له.

کما أن ما فیه أیضا- من أنه «بقی علینا أن الشفعه هل هی مترتبه علی اللزوم أو علی العقد؟ یحتمل الأول، من حیث أنها معلوله للبیع، فیتوقف لزومها علی لزومه، و من حیث وقوع البیع، و مجرده موجب للشفعه، لعموم النص، و التحقیق أن إمضاء البیع هل هو شرط السبب أو الحکم؟»- لا حاصل له أیضا.

بل فیه ما فیه و إن أطنب بعض مشایخنا فی تفسیره، لکن لا حاصل له أیضا بعد معلومیه کون السبب مطلق البیع الموجب للانتقال إلی المشتری کما عرفته نصا و فتوی عند تحریر کلام الشیخ فی شرطیه الخیار فی البیع.

نعم قد عرفت أنه مع فرض کون الخیار للبائع مثلا له فسخها بفسخ البیع، فلزومه حینئذ شرط للزومها لا لثبوتها.

و من الغريب تسميته له تحقيقا، و هو مع أنه ليس بشى ء لم يذكر فيه ترجيحا، و أغرب منه كلامه الأول، و الله العالم و الهادى.

و كذا لا تسقط الشفعه لو كان الشفيع وكيلا لأحدهما كما صرح به غير واحد، بل فى موضع من جامع المقاصد للوكيل فى الشراء و البيع أن يأخذ الشفعه قولا- واحدا، و إن حكى هو فى موضع آخر عن المختلف السقوط، لحصول الرضا بالبيع، و هو مسقط.

و على كل حال فالتحقيق عدم السقوط و إن قال المصنف:

فيه تردد كالمحكى عن التذكره لما فيه من أماره الرضا بالبيع بل قد سمعت اختياره فى المختلف، بل هو المحكى عن المبسوط أيضا.

لكنه فى غير محله، ضروره عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطا لها، فان البيع هو السبب فى ثبوت الشفعه، و لا ريب فى أن من يتوقعها راض به، بل لو حاول عدم الرضا لم يكن مقدورا له، و إنما المسقط رضاه بالبيع، ليبقى ملكا للمشترى، و هذا غير لازم للوكيل، كما هو واضح.

كوضوح فساد التعليل بالتهمه التى يمكن فرض عدمها، و لا يتم فى الوكيل على مجرد إجراء الصيغه، و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا أخذ الشفيع بالشفعه فوجد فيه عيبا سابقا على البيع فان كان الشفيع و المشترى عالمين فلا خيار لأحدهما]

المسأله الثامنه:

إذا أخذ الشفيع بالشفعه فوجد فيه عيبا سابقا على البيع فان كان الشفيع و المشترى عالمين بذلك فلا خيار لأحدهما بلا خلاف و لا إشكال.

و كذا لا خلاف إن كانا جاهلين و اتفقا على رده أو على أخذه مع الأرش أو بدونه، لكن كان الثمن للشفيع ما بعد الأرش.

توهم إشكال الرد للشفيع- بأن الشفعه ليست بيعا كى يستحق الرد بالعيب فيها- يدفعه عموم دليل الرد فى المعيب من غير

فرق بين البيع و غيره، و هو قاعده الضرر المنجبره بفتوى الأصحاب هنا، نعم الظاهر عدم أرش له لا على البائع الذى لم يأخذ منه و لا على المشترى لو تصرف فيه بما يمنع من رده إذا لم يكن المشترى قد أخذه من البائع، للأصل و كونه يأخذ من المشترى بالثمن.

بل قد يشكل رجوعه به على المشترى لو أخذه هو إن لم يكن إجماعا بأنه استحقاق حصل للمشترى على البائع خارج عن الثمن، و لذا صح له عفوه عنه، و لو أنه جزء من الثمن ينفسخ البيع فيه قهرا لفوات ما قابله من وصف الصحه فى المبيع نحو تبعض الصفقه لم يصح له العفو، لاستحقاق الشفيع حينئذ ما قابله من الثمن الذى دفعه إلى المشترى.

على أن احتمال ذلك مناف لما هو المعلوم من عدم مقابله الثمن شرعا لوصف الصحه، و عدم استحقاق المشترى عليه عين ما دفعه اليه، و لغير ذلك مما لا يخفى.

اللهم إلا أن يقال: إن ما دل على استحقاق الشفعه بالثمن ظاهر فى غير الفرض، بل قد يعد عرفا أن الثمن ما بعد الأرش، و لعل ذلك و نحوه منشأ الاتفاق المزبور، و الله العالم.

و على كل حال فان رده الشفيع كان المشترى بالخيار فى الرد و الأرش لأنه لم يحدث فيه حدثا و إن انتقل عن ملكه ثم عاد إليه إلا أنه ليس تصرفا له، و احتمال أن مطلق الانتقال عنه مسقط لاستحقاق رده و إن عاد إليه لا دليل عليه.

نعم إن اختار الشـفيع الأخذ لم يكن للمشترى الفسخ لخروج الشقص عن يده و الأصل فيه اللزوم، فلا تسلط له على فسخ الملك الحاصل للشفيع بالشفعه؛ هذا.

و من ذلك يظهر ما أطنب به فى المسالك من سوء تأديه الحكم المزبور قال: «فان اختلفت إرادتهما أى الشفيع و المشترى فأراد الشـفيع رده دون المشترى فلا منافـاه، فيرجع إلى المشترى و يتخير بين أخـذ أرشه و عـدمه، و إن انعكس فأراد الشـفيع أخـذه و المشترى رده قـدمت إراده الشـفيع، لثبوت حقه و سـبقه، فـإنه يثبت بـالبيع، و سـيأتى مـا فى هـذا التعليـل، و لأـن غرض المشترى اسـتدراك الظلامه و تحصيل الثمن، و هو حاصل بأخذ الشفيع، و لأنا لو قدمنا المشترى بطل حق الشفيع رأسا، و إن قدمنا الشفيع حصل للمشترى مثل الثمن أو قيمته، فيكون جامعا بين الحقين، و يحتمل تقديم المشترى، لأن الشفيع إنما يأخذه إذا استقر العقد، كما تقدم فى البيع المشتمل على الخيار، و قد تقدم ضعف المبنى عليه» إذ هو كما ترى.

بل لعله ألصق بتعارض الإرادتين قبل أخذ الشـفيع الشـفعه الذى قد عرفت الحال فيه سابقا و أن للمشترى الفسخ، و لكن إذا فسخ كان للشـفيع فسخ فسـخه و الأخذ بالشفعه من المشترى، للإجماع إن كان أو لسبق حقه بناء على أن استحقاق المشترى الرد حين العلم لا بالبيع، بخلاف الشـفيع الثابت حقه بتمام العقد، بل لو قلنا بثبوته بالبيع أيضا سابقا على حق الشفعه أو مقارنا أمكن ترجيح حق الشفيع بما ذكر مؤيدا بشهره الأصحاب أو إجماعهم و إن كان للمشترى فائده بالتقديم أيضا، و هى السلامه من الدرك.

و على كل حال فعلى ما عرفت فى مفروض المسأله من بقاء الشـقص فى يـد الشـفيع و عدم تسـلط المشترى على أخذه منه ليرده على البائع هل له

المطالبه بالأرش؟ قال الشيخ فى محكى المبسوط فيما لو كان الشفيع عالما بالعيب و المشترى جاهلا ليس للمشترى المطالبه بالأرش قولا واحدا، و نحوه يأتى فى المقام. و لعله لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع، فلم يفت منه شى ء فيطالب به، و لأنه كالنائب عن الشفيع بالشراء فلا يستحق الرجوع.

و لكن لو قيل: له الأرش كان حسنا بل هو خيره الفاضل فى محكى التذكره و الشهيدين و الكركى، و هو الأصح لإطلاق دليله، و عود كمال الثمن إليه لا ينافى ذلك، كما لو باعه بأضعاف ثمنه، كما أنه لا ينافيه استحقاق الشفيع لما يقابله من الثمن، فلا فائده له فى أخذه، إذ لا يجب عليه قبول العوض عنه من الشفيع بعد أن كانت معامله مع البائع مستقله لا مدخليه لها فيما وقع بينه و بين الشفيع، فهو فى الحقيقه لم يستدرك ظلامته ممن ظلمه، كما هو واضح، و إجماع الشيخ المزبور لم نتحققه، بل لعل المظنون خلافه.

و من الغريب ما قيل من أن الشيخ بنى ذلك على أنه لو كان للمشترى الأرش لكان الثمن للشفيع مجهولا، فيبطل أخذه، و تأخيره إلى معرفه الأرش المتوقفه على تقويم أهل الخبره المحتاج إلى زمان ينافى الفوريه، إذ هو كما ترى لا ينبغى أن يسطر، و الله العالم.

و كذا الحكم لو علم الشفيع بالعيب دون المشترى ضروره أنه لا رد للشفيع لعلمه، و لا للمشترى لخروج الشقص من يده و فى استحقاقه الأرش ما عرفت من الأصح له ذلك، فيسقط حينئذ عن الشفيع بقدره، و لا يقدح فيه علمه بالحال، لما عرفت من أنه يأخذ بالثمن و هو ما بعد الأرش عرفا.

و لو علم المشترى دون الشفيع كان للشفيع الرد لجهله

و لا أرش للمشترى لعلمه.

نعم لو علم الشفيع أن المشترى اشتراه بالبراءه من كل عيب ففى القواعد «هو كالمشترى و إلا فله الرد» و فيه أنه يمكن القول بأن له رد و إن علم بالشرط المزبور، لعموم دليل الرد، و الشرط إنما هو على المشترى.

و ربما احتمل فى عباره القواعد المزبوره أن له الرد و إن لم يظهر عيب، لأن الشرط المذكور فى حكم العيب، إلا أنه كما ترى، و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا باع الشريک الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد فان قلنا لا شفعه فلا بحث]

المسأله التاسعه:

إذا باع الشريك الشقص بعوض معين لا- مثل له كالعبد فان قلنا لا شفعه فى مثل ذلك فلا بحث، و إن أوجبنا الشفعه بالقيمه فأخذه الشفيع بها و ملكه ثم ظهر للبائع فى الثمن عيب كان للبائع رده على وجه الفسخ و المطالبه بقيمه الشقص وقت الفسخ إذا لم يحدث عنده أى البائع فى العبد ما يمنع من الرد، و لا تسلط له على أن يرتجع الشقص (۱۱) من الشفيع لأن الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعه (۱۲) للأصل بعد حصول المقتضى لثبوت الشفعه، و هو البيع، مؤيدا بأن فيه جمعا بين الحقين، لأن رجوع البائع فى العين يقتضى سقوط حق الشفيع، بخلاف ما إذا أخذ القيمه بلا خلاف أجده فيه، و إن قال فى المسالك هنا: «و قيل يقدم حق البائع، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد و الشفعه تثبت بعد، فيكون العيب أسبق، و لأن الشفيع منزل

منزله المشترى، فرد البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشترى لو كان فى ملكه» إلا أنى لم أتحققه.

بل ظاهر كلامهم فيما تقدم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أن للشفيع فسخ الرد بالعيب لو حصل قبل الأخذ بالشفعه، و ليس ذلك إلا لتقدم حق الشفيع عليه.

و من هنا ضعفه فى المسالك بعد أن حكاه بأن «مجرد وجود العيب حاله العقد غير كاف فى سببيه الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أن الشركه أيضا غير كافيه فى سببيه الشفعه، بل هى مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، و يبقى مع الشفعه المرجح الذى ذكرناه» أى الجمع بين الحقين.

و لكن فيه أن ذلك بمجرده لا يصلح مرجحا خصوصا بعد حكمهم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أنه لو كان الخيار للبائع مشروطا و شفع الشفيع كان للبائع فسخ البيع و الشفعه، و لا نجد فرقا بين الخيار الحاصل بالعيب و الشرط، إذ هما معا مقارنان للعقد، فمع فرض كون الخيار بالشرط سابقا على حق الشفعه الحاصل بعد تمام العقد الذى فيه الشرط فكذلك الحاصل بالعيب، و بعد التسليم فلا أقل من المقارنه المقتضيه لتساويهما فى الحق، فكل من سبق كان له ذلك، كما عساه يظهر من المسالك أنه أحد الأقوال فى المسأله.

قال بعد ما سمعت: «و ربما فرق بعضهم بين رد البائع قبل أخذ الشفيع و بعده، فقدم البائع فى الأول و الشفيع فى الثانى، لتساويهما فى ثبوت الحق بالبيع، فيقدم السابق فى الأخذ».

و لا ريب فى أنه متجه إن لم نقل بتقديم البائع مطلقا- كما لو شرط الخيار له- لو لا اتفاق الأصحاب ظاهرا على تقديم الشفيع مطلقا، بل

لم أتحقق حكايه الخلاف المزبور من غيره.

و يمكن أن يكون منشأ الاتفاق المزبور أن خيار العيب لا يثبت إلا بعد العلم بالعيب، و لا يكفى فيه وجود العيب حال العقد مع الجهل به، فيقدم حق الشفعه حينئذ عليه، ضروره مقارنته لتمام العقد.

لكن الانصاف عدم خلو دعوى مدخليه العلم فى ثبوت الخيار بالعيب من نظر أو منع كما ذكرنا ذلك فى محله. كما أن الانصاف عدم حصول إجماع فى المسأله.

بل فى التحرير تقديم حق البائع قبل أخذ الشفيع، قال: «و لو كان الثمن غير مثلى فوجد البائع به عيبا فرده قبل أخذ الشفيع احتمل تقديم حقه، لأن فى أخذ الشفعه إبطال حق البائع من الشقص، و الشفعه تثبت لازاله الضرر، فلا تزال بالضرر، و تقديم حق الشفيع لسبق حقه و الأقرب الأول، لأن حق البائع أسبق، لاستناده إلى وجود العيب، و هو متحقق حال البيع، و الشفعه تثبت بالبيع».

بل مقتضى جزمه بأسبقيه حقه ترتب أحكام أخر كثيره عليه فى غير المقام، إلا أنه هو و غيره لم يوافقوا عليها، بل لم أجد ما ذكره فى المقام لغيره.

ثم لا يتوهم أن ذلك من تبعض الفسخ باعتبار أن رده العبد يقتضى فسخ البيع الذى تفرعت عليه الشفعه، ضروره أنه فسخ من حينه و الشفعه حال حصولها قد كانت من المشترى ظاهرا و واقعا، نعم قد يأتى ذلك إذا كان الرد قبل الأخذ بالشفعه، كما ستعرف الكلام فيه، إنشاء الله.

و كيف كان ف- لو عاد الشقص إلى المشترى بملك مستأنف كالهبه أو الميراث لم يملك المشترى رده على البائع ليخلص عن دفع القيمه إذا لم يرض بذلك و أصر على إراده

قيمه الشقص حتى لو كان رد البائع الثمن متعقبا لملك المشترى الشقص كما أنه لو طلبه البائع لم يجب على المشترى إجابته بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك بين من تعرض له، كالشيخ و الفاضلين و الشهيدين، و الكركى، بل و لا إشكال، لانقطاع المعامله الواقعه بينهما بالخروج عن الملك، و لا يعيدها عوده إليه بسبب آخر، فالفسخ الحاصل من البائع لا يوجب من أول الأمر غير القيمه، لكون المفروض خروج العين المنتقله إليه بالعقد المزبور عن ملكه، و فسخه إنما يوجب رد العين من حيث انتقالها به لا مع انتقالها بسبب آخر غيره لا تسلط لأحدهما على فسخه.

و حينئذ فلا يستحق بالفسخ المزبور إلا القيمه، كما لا يستحق على المشترى غيرها أيضا، فليس لأحدهما على الآخر اقتراح رد العين التى خرجت عن مقتضى المعامله المفسوخه.

نعم لو عاد إليه بفسخ للمعامله الجديده و لم نقل إن الفسخ مملك بل هو مقتض لعود الملك بالسبب الأول الذى قد فرض فسخه أمكن حينئذ ملك المشترى ردها عليه و ملك البائع المطالبه بها، ضروره كون ملكها حينئذ بالسبب الأول الذى قد فرض انفساخه.

بل لعله كذلك لو فرض أخذ البائع القيمه ثم عادت العين للمشترى بفسخ للمعامله التى كانت السبب فى خروجها أمكن القول بأن للمشترى حينئذ إعادتها عليه و أخذ القيمه منه، كما أنه يمكن للبائع مطالبته بها و رد القيمه إليه، لانكشاف رجوع العين إلى ملك البائع بالفسخ المزبور الذى يعاد معه الملك إلى مقتضى السبب السابق الذى قد فرض فسخ البائع له، و أن به يستحق على المشترى العين التى هى على ملكه بالسبب الحاصل، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، و الله العالم.

ثم إنه حيث تعتبر القيمه و دفعها المشترى أو لم يدفعها

لو كانت قيمه الشقص و الحال هذه أقل من قيمه العبد مثلا ف- هل يرجع الشفيع بالتفاوت؟ فيه تردد، و الأشبه بأصول المذهب و قواعده أنه لا يرجع وفاقا للفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين لأنه إنما يأخذ ب الثمن و الفرض أن الذى اقتضاه العقد حال الأخذ بالشفعه ذلك، و ليست قيمه الشقص التى أخذها البائع من الثمن فى شى ء، و إنما هو شى ء استحقه البائع على المشترى بالفسخ حال انتقال العين عن ملكه الحاصل بالسبب المزبور، فلا حق للشفيع فيه.

كما لا حق للمشترى على الشفيع لو فرض زياده قيمه الشقص التى دفعها للبائع على قيمه العبد، ضروره أنه لا يستحق عليه إلا قيمه الثمن الذى وقع عليه العقد، و ما غرمه بالفسخ المزبور لا مدخليه له فى الثمن كما هو واضح.

و حينئذ فدعوى أن الثمن الذى استقر على المشترى قيمه الشقص و الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذى استقر نحو ما سمعته فى الأرش واضحه الفساد، كوضوح الفرق بين المقام و الأرش الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه، فتأمل جيدا.

و كذا دعوى بطلان العقد، فلم يعتبر ما وقع عليه، بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشترى و هو القيمه، ضروره أن الفسخ لم يبطل العقد من أصله، بل كان صحيحا إلى حين الفسخ، فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارى.

فالمتجه حينئذ عدم الرجوع من كل منهما، خلافا للمحكى عن الشيخ من الرجوع فيهما و إن كنا لم نتحققه، إذ المحكى من عبارته يقتضى التردد من غير ترجيح. و على كل حال فلا ريب فى ضعفه لما عرفت، و الله العالم.

هذا كله لو كان الفسخ من البائع بعد أخذ الشفيع.

و أما لو كان الشقص فی يد المشتری لم يأخذه الشفيع فرد البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع، لأن حقه أسبق بناء على ما عرفت من اعتبار العلم فی استحقاق خيار العيب، فيفسخ الفسخ الحاصل من رد البائع، و يعيد المبيع إلى ملك المشتری على مقتضى العقد الأول و يأخذه منه بقيمه الثمن سليما لأنه الذی اقتضاه العقد الأول و للبائع على المشتری قيمه الشقص و إن زادت عن قيمه الثمن لأنه مقتضى فسخه برد الثمن، و لا يرجع بها على الشفيع كما عرفت الحال فيه، و لعل هذا و نحوه من تبعيض آثار الفسخ لا تبعيض الفسخ الذی سمعته فی فسخ الشفيع الإقاله أو نلتزمه فيها، كما سمعت احتماله من الشهيد بناء على أنه كالمقام، هذا كله مع رد البائع الثمن.

و أما لو حدث عند البائع فيه ما يمنع من رد الثمن (۱۱) كعيب أو تصرف رجع بالأرش على المشتری (۱۲) لأنه المتعين له حينئذ على نحو ما سمعته فی المبيع و لا يرجع (۱۳) المشتری على الشفيع بالأرش إن كان (۱۴) قد أخذه بقيمه العوض الصحيح (۱۵) لعدم ظلامه له.

نعم إن كان قد أخذ منه بقيمته معيبا رجع عليه بباقی قيمه الصحيح لنحو ما سمعته فی رجوع الشفيع عليه بالأرش، ضروره استقرار الشقص حينئذ بالعبد و الأرش الذی هو من مقتضى العقد المقتضی للسلامه، فالثمن عرفا ذلک، و كذا القول فيما لو رضی البائع به و لم يرده مع المانع من رده و اختار الأرش.

أما لو عفا و لم يطالب فالظاهر عدم استحقاقه على الشفيع، كما أن الظاهر عدم استحقاق الشفيع له على المشترى لو كان فى المبيع، و الله العالم.

[المسأله العاشره لو كانت دار لحاضر و غائب و حصه الغائب فى يد آخر فباع الحصه و ادعى أن ذلك بإذن الغائب قال تثبت الشفعه]

المسأله العاشره لو كانت دار لحاضر و غائب و حصه الغائب فى يد آخر فباع الحصه و ادعى أن ذلك بإذن الغائب قال الشيخ فى الخلاف: تثبت الشفعه و فيه أن دعوى الاذن ممن فى يده المال ليس طريقا شرعيا لثبوت ذلك و إن جاز الأخذ منه و التصرف و غيره باعتبار كونه ذا يد و لا معارض له.

و حينئذ ف- لعل المنع أشبه بأصول المذهب و قواعده إن كان المراد الثبوت فى نفس الأمر على وجه لو جاء المالك و أنكر لم يكن له الانتزاع من يد الشفيع، و ذلك لأن الشفعه تابعه لثبوت البيع و قد عرفت أن مجرد دعوى من فى يده المال الاذن ليس طريقا شرعيا لثبوت ذلك.

و إن كان المراد جواز أخذ الشفيع من يد المشترى الشقص بها على نحو أخذ المشترى له من يد مدعى الاذن ثم الغائب على حجته فقد يقال بالجواز.

لكن فى القواعد «و لو ادعى الحاضر من الشريكين على من فى يده حصه الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمل ثبوت الشفعه، لأنه إقرار من ذى اليد، و عدمه لأنه إقرار على الغير» من دون ترجيح كالمحكى عن التذكره و الدروس. نعم عن التحرير «أن الأول أقوى».

و فيه أنه بعد العلم بكونه مالا للغير لا إشكال فى أنه إقرار على الغير، إلا أنه قد عرفت جواز الأخذ منه و التصرف باعتبار كونه ذا يـد و لا معارض له، كما تقـدم تحرير ذلك فى محله على وجه لا ينبغى التردد المزبور من الجماعه فضـلا عن اختيار العدم، كما فى المتن بعد أن حكى عن الشيخ الثبوت المحتمل لإراده المعنى الذى ذكرناه.

اللهم إلا أن يقال: إن عنوان الشـفعه نصا و فتوى تحقق صدق «باع الشـريك» و هو غير متحقق هنا، فلا تثبت الشفعه على وجه إن لم يبادر إليها تبطل بناء على الفور، و جواز أخـذ المشترى منه لا يحقق الصـدق المزبور، فليس للشـفيع الأخذ، لعدم تحقق عنوان ثبوت الشفعه، بخلاف جواز الشراء ظاهرا منه، فإنه لا عنوان له على الوجه المزبور.

على أن السـيره التى هى العمده فى الحكم المزبور إنما هى فى التصرف باذنه، لا مطلق التصرف حتى القهرى الذى لا يرجع إلى إذنه، بل هو تابع للحكم الشرعى المعلق على عنوان خاص، و الفرض عدم تحققه.

و من ذلك يظهر لك ما فى جامع المقاصد، فإنه بعد أن ضـعف الأول بأنه إقرار فى حق الغير قال: «لكن يشـكل بشى ء و هو أن من بيده مال الغير مصدق فى دعوى الوكاله بغير خلاف، و يجوز الشـراء منه و التصـرف تعويلا على قوله، و كذا لو ادعى الشراء من المالك يسـمع فلم لا تثبت الشـفعه بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه، و قوى فى التحرير ثبوت الشفعه. و الذى يخطر بالبال أنه إن كـان المراد بثبوت الشـفعه انتزاع الحـاكم الشـقص و تسـليمه إلى المـدعى كمـا هو المتبادر من ذكر الـدعوى فهو مشـكل، و الظاهر العـدم، لأن مجرد دعوى الشـراء ممن فى يده مال الغير لا يقتضـى الثبوت شـرعا، و ليس المراد بجواز الشـراء منه لو ادعى الوكاله الحكم بالوكاله، و إن كان المراد جواز أخذ المدعى ذلك بدعوى من بيده

المال الشراء فليس ببعيد، كما يجوز له الشراء و الاتهاب و نحوهما من التصرفات، ثم يكون الغائب على حجته».

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمل فيما ذكرناه، و حكم الحاكم على من فى يده المال بعد اعترافه بالشراء و بانتزاعه منه مؤاخذا له بإقراره المتعلق به ليس حكما على الغائب الذى هو على حجته، بل لا وجه لعدم الانتزاع منه بعد إيجاد سبب الأخذ بالشفعه مع فرض جواز الأخذ منه بالدعوى المزبوره التى هى إقرار فى حقه و دعوى فى حق الغير، نحو الحكم بالانتزاع ممن فى يده المال المدعى للوكاله ثم امتنع بعد أن جرت صيغه البيع بينه و بين المشترى.

نعم لو قلنا بعدم جواز الأخذ على وجه يتصرف بالشقص اتجه عدم جواز الانتزاع، و إن كان لو أخذ بالشفعه قولا مع دفع الثمن و صادف صدق المدعى ترتب عليه حكم الملك من حين الأخذ و إن لم يكن عنوانها ثابتا فى الظاهر و لكن يكفى فيه كونه كذلك فى نفس الأمر.

إنما الكلام فى جريان أحكام الشفعه من التصرف به بغير رضاه و انتزاعه منه قهرا و بطلان الشفعه مع عدم الفور بها و غير ذلك من أحكامها بمجرد دعوى الوكاله، و الفرض أن جميعها أحكام شرعيه مترتبه على موضوع لم يتحقق، و لا أقل من الشك، و الأصل عدم ترتب هذه الآثار، فلا ريب فى أن الأحوط عدم ذلك كله.

و المراد أنه إلى هذا نظر المصنف و غيره ممن تردد. و لكن الانصاف مع ذلك كله أن الجواز لا يخلو من وجه، و الله العالم.

و على كل حال فلو قضى بها للشفيع بشفعته عملا بإقرار ذى اليد و بعد ذلك حضر الغائب فإن صدق فلا بحث، و إن أنكر فالقول قوله مع يمينه، و حينئذ ينتزع الشقص

من ید الشفیع، و له أجرته علیه من حین قبضه إلی حین رده

لعموم «علی الید»(۱)

و غیره.

و لا خلاف و لا إشکال فی أنه یرجع بالأجره المزبوره علی البائع إن شاء، لأنه سبب الإتلاف، أو علی الشفیع بأجره زمان قبضه لأنه المباشر للإتلاف و علی المشتری بما قبل ذلک، للمباشره أیضا إن شاء، بل و علی المشتری بما کان فی یده و ید الشفیع المترتبین علیه

لعموم «علی الید»(۲)

فإنه کالغاصب.

و من هنا إن رجع علی مدعی الوکاله لم یرجع الوکیل علی الشفیع و لا علی المشتری، لاعترافه بکون المنافع لهما، و أنه ظالم له بأخذ الأجره منه، و المظلوم لا یرجع علی غیر من ظلمه.

و إن رجع علی المشتری أو الشفیع رجع (۱۱) کل من المشتری و الشفیع علی الوکیل، لأنه غره (۱۲) إذا لم یصدر منهما ما یقتضی تصدیق مدعی الوکاله، و إلا لم یرجع من صدر منه ذلک علیه أیضا، لاعترافه بظلم المالک، و ذلک کله واضح خصوصا بعد الإحاطه بما ذکرناه فی کتاب الغصب(۳).

و (۱۳) لکن فیه (۱۴) أی المفروض قول آخر (۱۵) محکی عن المبسوط، و هو رجوع مدعی الوکاله علی الشفیع لو رجع المالک علیه، لاستقرار التلف فی یده و هذا (۱۶) واضح الفساد، نعم یتم مع اعترافه بکذب المدعی فی دعواه الوکاله، فیکون کالغاصب الذی یستقر علیه الضمان مع التلف فی یده.

و بذلک ظهر لک أن القول الأول أشبه (۱۷) بأصول المذهب و قواعده

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۲- ۲ المستدرک- الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۳- ۳ راجع ص ۱۷۷- ۱۸۱.

التی قد عرفتها فی کتاب الغصب(۱)و الله العالم.

و منه یظهر لک ما عن الدروس، فإنه بعد أن ذکر نحو ما سمعته من عباره القواعد قال: «و کذا لو باع ذو الید مدعیا للوکاله و صدقه الشفیع، لکن هنا لا یرجع الشفیع علی الوکیل لو رجع علیه بخلاف ما لو رجع علی الوکیل، و الفرق استقرار التلف فی ید الشفیع، و لو أخذ الشفیع اعتمادا علی دعوی الوکاله رجع علیه، لأنه غره».

و فیه أنه لا وجه لرجوع الوکیل علی الشفیع و إن کان قد استوفی المنافع، لاعترافه بأنها حق له و أن المالک ظلمه بأخذ عوضها فکیف یرجع بظلامته علی غیر من ظلمه.

لکن الموجود عندنا فی نسختین من الدروس متصلا بما سمعت «و الوجه فی الأولی عدم رجوع أحدهما علی الآخر، لاعتراف المرجوع بظلم الراجع».

نعم فی التحریر «و لو کان الشریک غائبا فادعی الحاضر علی من حصه الغائب فی یده أنه اشتراه من الغائب فصدقه احتمل أخذه بالشفعه، لأن من کانت العین فی یده مصدق فی تصرفه و عدمه، لأنه إقرار علی غیره، و الأول أقوی، و کذا لو باع القابض و

ادعی الشفیع إذن الغائب فإن أوجبنا الشفعه و قدم الغائب فأنکر البیع أو الاذن قدم قوله مع الیمین و یأخذ الشقص و یطالب بالأجره من شاء منهما، فان طالب الوکیل رجع علی الشفیع، لتلف المتاع فی یده، و إن طالب الشفیع لم یرجع علی أحد» و هو کما تری لا یطابق ما ذکرناه إلا بتجشم، و الله العالم.

و لو اشتری شقصا بماءه مثلا و دفع إلیه عرضا یساوی عشره مثلا أو أبرأه من الثمن کلا أو بعضا لزم الشفیع تسلیم

۱- ۱ راجع ص ۱۷۷- ۱۸۱.

ماءه أو يدع، لأنه يأخذ بما تضمنه العقد نصا و فتوى و إن وقع بعد ذلك بين البائع و المشترى إبراء أو معاوضه عنه بشى ء لا يساويه أو نحو ذلك مما لا مدخليه له فى صدق تضمن العقد إياه كما هو واضح، و الله العالم.

[و من اللواحق البحث فى ما تبطل به الشفعه]

و من اللواحق البحث فى ما تبطل به الشفعه و المشهور بين الأصحاب بل فى الرياض شهره عظيمه بل لا خلاف فيه بين المتأخرين عدا ابن إدريس أنه تبطل الشفعه بترك المطالبه مع العلم و عدم العذر بل عن الخلاف الإجماع عليه.

و قيل و القائل المرتضى و أبو على و على بن الحسين الصدوق و أبو المكارم و ابن إدريس و أبو الصلاح على ما حكى عن بعضهم:

لا تبطل إلا أن يصرح بالإسقاط و لو تطاولت المده بل فى الانتصار الإجماع عليه، بل حكاه الفخر عن سلار أيضا و إن كنا لم نتحققه.

نعم قيل: لا تعرض له فى المراسم كالمقنع و المقنعه و فقه الراوندى فإن كان ذلك ظاهرا فى التراخى- باعتبار أن الفوريه لو كانت معتبره فيها على وجه تسقط بعدمها لوجب التعرض لها- كان ظاهر الجميع أيضا.

بل لعله أيضا ظاهر عدم الترجيح فى محكى التحرير و المهذب و مجمع البرهان و الكفايه، بناء على أنه من حيث الشك فى أدله الفور، و إلا فالأصل التراخى و إن كان هو خلاف الظاهر.

و على كل حال ف- الأول أظهر عند المصنف، للنبويين

المنجبرين بما عرفت:

أحدهما(۱)«الشفعه لمن واثبها».

و الآخر(۲)«الشفعه كحل العقال».

بل فی الدروس نسبه الأخير منهما إلى الاشتهار، و لا يقدح عدم وجودهما فی طرقنا بعد أن ذكرهما الأصحاب فی كتبهم مستدلين بهما على ذلک و الإجماع المحكى المعتضد بما سمعته من الشهره العظيمه و إن تأخرت عن زمان حاكيه، فإنها على كل حال تفيد قوه الظن بموافقته للواقع.

بل استدل غير واحد بحسن ابن مهزيار(۳)السابق المشتمل على بطلان شفعه من طلب ثم مضى لإحضار الثمن فلم يأت إلى ثلاثه أيام، إذ لو كانت على التراخی لم تبطل بذلک.

كل ذلک مضافا إلى ما عرفته مكررا من كون الشفعه على خلاف الأصل، و المتيقن ثبوتها على الفور، بل لعل ثبوتها فی بعض الأشياء دون بعض و فی بعض العقود دون بعض مشعر بذلک أيضا، و إلى قاعده الضرر.

بل لعل

قوله (عليه السلام)(۴): «قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بالشفعه بين الشركاء. و قال: لا ضرر و لا ضرار»

مشعر بذلک بناء على إراده الإشاره به إلى الضرر الحاصل من عدم مشروعيتها و من كونها على التراخی.

بل لعل

قوله (عليه السلام)(۵): «الغائب على شفعته»

مشعر بذلک أيضا ضروره إشعاره بكون ذلک من جهه الغيبه التی هی عذر له.

۱- ۱ نيل الأوطار للشوكانی ج ۶ ص ۸۷.

۲- ۲ سنن البيهقی- ج ۶ ص ۱۰۸.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۵- من كتاب الشفعه- الحديث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۱ و فيه« للغائب شفعه».

لکن قد یقال فی مقابله ذلک: إن الخبرین المزبورین من طرق العامه، و لذا ترک غیر واحد الاستدلال بهما، بل من المحتمل إراده الکنایه عن الانتقال بمجرد الأخذ و إن تأخر من الثانی منهما، لا أن المراد منه بیان قصر زمانها و أنه کحل العقال.

بل فی الإسعاد الذی هو من أجل کتب الشافعیه «أن إسناده ضعیف» و قال ابن حیان: «لا أصل له» و قال البیهقی: «لیس بثابت» و الإجماع معارض بمثله، بل لعله

أقوی منه باعتبار وجود القائل بذلک ممن تقدم علی حاکیه بخلاف الآخر الذی لم نعرف أحدا ممن تقدمه قال بذلک.

و حسن ابن مهزیار بناء علی أن مورده بعد حصول سبب الشفعه قد اشتمل أیضا علی ما ینافی الفوریه إذ القائل بها لا یجعل انتظار ثلاثه أیام لإحضار الثمن من جمله العذر فیها، خصوصا مع دعوی الغیبه فی بلد آخر.

بل قد یقال: إن الخبر المزبور الذی مورده إنشاء الأخذ بالشفعه قولا بناء علی إراده ذلک من الطلب فیه أو مطلق طلبها بمعنی إرادتها ثم مضی لإحضار الثمن قد تسالمت الخصوم علی العمل بمضمونه فی ذلک، من غیر فرق بین القول بالفور و التراخی، فلا دلاله حینئذ فی الخبر علی شی ء منهما، إذ محل النزاع هنا تأخیر الأخذ بالشفعه مع علمه بها.

هذا کله مع ما فیه من رائحه الموافقه للمحکی عن أبی حنیفه و ابن أبی لیلی من أنها تمتد إلی ثلاثه أیام کالشافعی فی أحد أقواله، و الأصل منقطع بإطلاق الأدله و استصحاب ثبوتها بعد حصول سببه الذی هو البیع بالنص، و عدم العلم بکونه علی الفور و عدمه لا ینافی التمسک به علی الثانی کما حقق فی محله.

و من الغریب رد جماعه من الأعیان هنا له بأن المقتضی لثبوت الشفعه

حدوث العلم بالبيع نفسه، و الحدوث يبطل فى ذى البقاء، و إذا بطلت العله بطل معلولها، إذ هو كما ترى لا حاصل له و مجرد دعوى لا دليل عليها. بل ظاهر الأدله خلافها.

كما أن ظاهر

قوله (عليه السلام)(۱): «الغائب على شفعته»

إراده بيان عدم اعتبار الحضور فيها، و إلا فهو مطلق شامل للمتمكن من المجى ء و التوكيل و غيرهما.

و قاعده الضرر يدفعها أنه الذى أدخله على نفسه باختيار ما فيه الشفعه من العقود غير ملاحظ لما يسقطها من الأمور الكثيره، على أنه مجبور بالأرش إذا زرع أو بنى إن قلنا به.

و إن كان المراد من الضرر عدم رغبه المشترى فى التعمير مثلا لاحتمال الأخذ منه ففى الانتصار «أنه يمكن أن يتحرز المشترى من هذا الضرر بأن يعرض المبيع على الشفيع و يبذل التسليم إليه فهو بين أمرين: إما أن يتسلم أو يترك الشفعه، فيزول الضرر عن المشترى بذلك و

إذا فرط فيما ذكرنا و تصرف من غير أن يفعل ما أشرنا إليه فهو المدخل للضرر على نفسه».

و لعل من هذه العباره قال فى الدروس: «إن فى كلامه إلماما بالفوريه».

قلت: لكن ما قبله و ما بعده صريح فى خلاف ذلك، فوجب حمله على كون ذلك مسقطا لها و إن قلنا بالتراخى و إن كان فيه ما فيه إلا أن يريد حال ظهور ذلك فى عدم إرادتها.

و من هنا و غيره تردد بعض الناس، بل مال فى الرياض إلى التراخى، و لعله لا يخلو من قوه ما لم يصل إلى حد الضرر، نحو ما سمعته منهم فى انتظار مدعى غيبه الثمن فى بلد آخر.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من كتاب الشفعه- الحديث ۱ و فيه« للغائب شفعه».

بل لو وجد قائل بأنه علی التراخی ما لم یتضرر المشتری نحو ما سمعته فی دعوی غیبه الثمن التی مرجعها إلی ما یقرب من ذلک لکان فی غایه القوه.

و دونه القول بأنها علی التراخی ما لم یعرض المشتری علی الشفیع الشقص مخیرا له بین الشفعه و عدمها، فیجب الفور حینئذ، لأنه لا ضرر و لا ضرار، کما هو مقتضی التدبر فیما سمعته من المرتضی الذی هو الأصل فی التراخی، بل ربما کان فی ذلک جمع بین الأدله جمیعها.

و إن أبیت عن ذلک کله فلا ریب فی أن الأصل عدم الشفعه بعد الشک الحاصل من تعارض الإجماعین و الاستصحابین و غیر ذلک مما سمعته، خصوصا بعد عدم سوق الأدله لبیان التراخی، فالرجوع إلی استصحاب بقائها و إطلاق ما دل علی ثبوتها بعد أن کان الأول منها بعد تسلیم حجیته هنا و الثانی الذی قد عرفت أنه مساق لغیر ذلک من الأدله المتعارضه التی حصل منها الشک، فلیس حینئذ إلا الأصل السابق و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱)الذی لم یکن من أدله الشفعه التی هی الطارئه علی مقتضاهما و مع فرض کونهما أیضا من الأدله علی ذلک فلا عمل إلا علی الفور الذی هو المتیقن دون غیره، فتأمل جیدا فإنه دقیق جدا، و الله العالم.

و کیف کان فعلی الفور و التراخی قد وقع الخلاف فی سقوطها بأمور:

الأول لو نزل عن الشفعه و ترکها و عفا عنها قبل البیع فالاسکافی و الشیخ و المصنف فی النافع و الفاضل فی جمله من کتبه و ولده و المقداد و الکرکی و ثانی الشهیدین و الخراسانی و الکاشانی علی ما حکی عن بعضهم علی أنه لم تبطل الشفعه مع البیع لإطلاق الأدله

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآیه ۱.

و لأنه إسقاط ما لم يثبت.

بـل قيـل: إن ظـاهر الانتصـار الإجماع على ذلك، قال: «مما ظن انفراد الإماميه به أن حق الشـفيع لا يسـقط إلا أن يصـرح الشـفيع بإسـقاط حقه» ثم حكى مذاهب العامه إلى أن قال: «قال الشافعى و الشعبى: من بيعت شفعته و هو يشاهد لم ينكر فلا شفعه له، و الذى يدل على صحه مذهبنا الإجماع المتكرر» إلى آخره و إن كان ستعرف الحال فيه إنشاء الله.

و لكنه مع ذلـك كله فى المتن فيه تردد بل هو خيره الإرشاد و إن قال: على رأى، و ظاهر غايه المراد و مجمع البرهان السـقوط، بل قد يلوح الميل إليه فى الدروس.

بـل فى النهايه: «إن عرض البائع الشـى ء على صاحب الشـفعه بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بـذلك الثمن أو أزيـد عليه لم يكن لصاحب الشفعه المطالبه، و إن باع بأقل من الذى عرض عليه كان له المطالبه».

و قال فيها أيضا: «و إذا علم الشريك بالبيع و لم يطالب بالشفعه أو شهد على البيع أو بادل للبائع فيما باع أو للمشترى فيما ابتاع لم يكن له المطالبه بعد ذلك بالشفعه».

و فى المقنعه «و إن باع إنسان شـيئا له فيه شريك على أجنبى و الشريك حاضر فأمضى البيع و بادل للمبتاع بطلت شفعته» ثم قال أيضا: «و لو عقـد البيع على أجنبى بـدون ما عرضه على الشـريك كان للشـريك الشـفعه على المبتاع و قبضه منه». قيل: و بمعنى عباره النهايه عباره الوسيله و جامع الشرائع.

لكن سـتعرف أنها أجمع فى غير مسأله السـقوط بمعنى إنشاء الإسـقاط قبل البيع، و كذا عن ابن بابويه السقوط بالسكوت و عدم الإنكار مع الحضور.

و علی کل حال فأقصی ما یقال للسقوط: دعوی الشک فی ثبوت الشفعه فی الحال المزبور، و قد عرفت أن الأصل عدمها، خصوصا مع ملاحظه أن حکمه مشروعیتها الضرر، و لا ریب فی عدمه مع الفرض المزبور، بل المنساق من إطلاق الأدله غیر الحال المزبور بعد أن لم یکن فیها عموم لغوی بالنسبه إلیه.

مضافا إلی ما رواه فی السرائر بعین عباره النهایه إلی قوله: «و إن باع بأقل» علی أن النهایه و غیرها من الکتب السابقه متون أخبار.

بل فی

النبوی المروی فی التذکره عن جابر(۱)عن النبی (صلی الله علیه و آله) «الشفعه فی کل مشترک فی أرض أو ربع أو حائط، لا یصلح أن یبیع حتی یعرض علی شریکه فیأخذ أو یدع»

المراد منه الأخذ بالشراء أو ترکه.

و فی الدروس و غیرها من کتب الأصحاب

قال رسول الله (صلی الله علیه و آله)(۲): «لا یحل أن یبیع حتی یستأذن شریکه، فان باع و لم یأذن فهو أحق به».

و فی الإسعاد لبعض الشافعیه و

فی روایه(۳)«لا یحل له أن یبیع حتی یؤذن شریکه، فإذا باع و لم یؤذنه فهو أحق به».

و فی روایه صحیحه(۴)فی غیر مسلم «فهو أحق به بالثمن»

إلی آخرها.

و علی کل حال فظاهر تعلیق الاستحقاق فیه علی عدم الاستئذان یقتضی عدم الاستحقاق

معه، و لا استبعاد فی شی ء من ذلک بعد ثبوت نظیره من إجازه الوارث ما أوصی به المیت قبل الموت، بل یمکن أن لا یکون

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۰۹.
۲- ۲ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۰۴.
۳- ۳ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۰۴.
۴- ۴ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۰۴.

ذلک من باب إسقاط الحق قبل ثبوته، بل هو من المقتضی لعدم ثبوت الحق معه.

بـل لعـل المعنی المزبور هو المراد ممـا فی نصوصـنا المعتبره(۱)من أن الشـریک أحق بالشـقص إذا أراد الشـریک بیعه، بـل فی بعضها(۲)التصریح بالأحقیه المزبوره قبل صدور البیع منه، فإنه لا معنی للأحقیه حینئذ إلا المعنی الذی ذکرناه و إن کانت الشفعه لا تثبت إلا بالبیع، علی أنه مع استمرار الاذن و الرضا بعـدم الحق له فی البیع یکون کالرضا من المتبایعین أو أحـدهما علی بیع لا خیار فیه للمجلس مثلا.

و بالجمله لا ینبغی الإشـکال فی عدمها مع صدور البیع علی أنه لا شـفعه له باذنه، و لیس هو من باب إنشاء الإسقاط قبل حصول متعلقه.

و من هنـا ینقـدح لـک تحریر محـل البحث فی المسـأله، و هو إن کان المراد من النزول عن الشـفعه إنشاء إسـقاطها قبل حصول متعلقها فلا ریب فی أن الأصح عدم السقوط،

بـل لا- یتصور تأثیر الإنشاء قبل حصول متعلقه مع فرض عـدم دلیل شـرعی. نعم سـتعرف فی آخر البحث توجیه صـحته بناء علی ثبوت الحق قبل البیع.

و إن کان المراد الاذن القابل للاستمرار فعلا و حکما حتی یتم العقد علی مقتضاها فالمتجه حینئذ الصحه.

و یکفی فی صـحه الإذن تعلق الحق علی الوجه الذی سـمعته من النصوص المزبوره قبل حصول البیع، فمع فرض اسـتمرارها فعلا أو حکمـا لم یکن له شـفعه. و علی هـذا یحمـل کلام النهایه و غیرها، لا إنشاء السـقوط قبل علی وجه یترتب أثره علیه بعـد البیع الذی یمکن عدم القائل به.

و لعله لذا کان ظاهر الشهید أن ما فی النهایه غیر مسأله الإسقاط،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من کتاب الشفعه- الحدیث ۷.

بل يمكن أن يكون هذا هو الوجه فى فرق المصنف فى النافع بين النزول عن الشفعه قبل البيع بمعنى إنشاء الإسقاط و بين الاذن فى الابتياع على وجه يراد منه عدم إراده الشفعه أو ما دل على ذلك.

و من ذلك يظهر لك ما فى الرياض من شده الإنكار عليه فى فرقه بين المسأله و غيرها من المسائل، و ادعى أنه لم يوافقه عليه أحد، نعم حكى عن الإرشاد الفرق أيضا، و لكنه بعكسه، فجزم بالسقوط فى مسأله النزول عن الشفعه بخلاف باقى المسائل.

قلت: يمكن أن يكون وجهه أن ذلك تصريح منه بالاعراض و عدم الإراده على وجه قد استمر حتى وقع العقد، بخلاف المسائل الأخر، فإنه لا تصريح فيها، إذ يمكن الجمع بين الشهاده و المباركه و الاذن فى الابتياع و بين إراده الشفعه من أول الأمر. و حينئذ يكون نزاعا فى موضوع.

و تفصيل الحال فيه أنه يختلف باختلاف المقامات و القرائن و إلا فكل منها من حيث نفسه لا دلاله فيه، و قد اتضح بذلك و الحمد لله الحال فى المقام و فى غيره من المسائل الآتيه.

نعم بقى شى ء: و هو أنه قد يقال: إن مقتضى ما فى غير واحد من النصوص(۱)- من كون الشريك أحق متى أراد شريكه البيع- ثبوت الحق له قبل البيع، بحيث لو باع كان له انتزاعه من المشترى، فحق الشفعه حينئذ الثابت له بعد البيع مترتب على الأحقيه السابقه على البيع و إن كان لا يأثم بالمخالفه- خلافا لبعض الشافعيه- فضلا عن صحه بيعه، فان حق الشفعه بعد البيع لا يفسد معه التصرف و إن كان

للشفيع فسخه، و حينئذ فيتجه صحه إنشاء الإسقاط قبل البيع.

و لعله إلى ذلك نظر العلامه و غيره ممن قال بصحته، مضافا إلى

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من كتاب الشفعه.

النصوص السابقه، و هذا شی ء دقیق و جید جدا.

کل ذلک مع إمکان أن یقال- مع قطع النظر عن هذا کله- یکفی فی ثبوت الحکم ما سمعته من أنه لا ریب فی حصول الشک فی ثبوت الشفعه فی الحال المزبور، و الأصل عدمها.

و دعوی أن العموم فی المبیع یستلزم العموم فی الأحوال و إلا لما بقی عموم علی حاله لاختلاف أحوال أفراد العام بلا إشکال واضحه المنع إذا أرید منها العموم بالنسبه إلی الأحوال علی وجه یحکم بها علی مقتضی العموم حتی مع الشک، کالعموم اللغوی بالنسبه إلی الأفراد، بل لو فرض حصول الشک فی إراده بعض الأفراد من العموم اللغوی أمکن القول بعدم حجیه العموم فیه حینئذ فضلا عن الأحوال.

و من الغریب بعد ذلک کله دعوی دلاله عباره الانتصار المزبوره علی الإجماع علی المسأله، و هی مع أنها أجنبیه(۱)لأنها مساقه لبیان التراخی فی مقابل القول بالفور علی أنه أطلق فیها السقوط مع التصریح بالإسقاط.

کما أنک قد عرفت الحال فی مسأله الإسقاط، و أنه إن أرید به إنشاؤه قبل البیع علی وجه یؤثر فی البیع بعد وقوعه فیمکن دعوی الضروره- فضلا عن الإجماع- علی عدمه، و إن أرید به إراده عدم الشفعه المستمره و لو حکما إلی وقوع البیع فقد عرفت أن الأقوی حینئذ عدم الشفعه، و الله العالم.

و کذا لو شهد علی البیع أو بارک للمشتری أو للبائع أو أذن للمشتری فی الابتیاع أو للبائع فی البیع فیه التردد المزبور، و لکن قد

۱- ۱ هکذا فی النسختین الأصلیتین: المسوده و المبیضه و فی العباره تشویش، حیث إن خبر قوله: «و هی» غیر مذکور، فاما قوله: «مع أنها» زائد حتی یکون «أجنبیه» خبر «و هی» أو.

عرفت الفرق بينها و بينه.

و من الغريب قوله لأن ذلك ليس بأبلغ من الاسقاط قبل البيع ضروره عدم مدخليه شی ء منها فی مسأله الإسقاط بمعنی إنشائه نعم لو أريد منه إراده عدم الشفعه المستمره

موضوعا أو حكما كان حكم الجميع واحدا إن كان المراد منها ذلك أيضا.

و على كل حال فقد سمعت ما فی المقنعه و النهايه و محكی الوسيله و جامع الشرائع، و عن كشف الرموز السقوط أيضا، بل حكاه فی الأخير عن الصدوقين، و فی جامع المقاصد عن ابن البراج.

بل فی النافع هنا اختياره كالثالث مع جزمه بعدم السقوط فی الأول و إن قال فی الرياض: «لم أفهم وجها لفرق الماتن بين هذه المواضع و لم أر من قال به، بل أطلق أرباب القولين الحكم فيها عدا الفاضل فی الإرشاد، ففرق كالماتن، لكن حكم بالبطلان فی الموضع الأول عكسه، و تنظر فی باقی المواضع، و وجهه أيضا غير واضح و إن كان أنسب من فرق الماتن، لأنه فی غايه البعد، فان عدم الإبطال بالإسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيما عداه بطريق أولی، إذ ليس بأبلغ فی الدلاله على الابطال من الاسقاط قبل البيع، بل هو أبلغ، فكيف يفرق بينهما بالعدم فی الأول و السقوط فی الباقی؟! بل العكس أولی، و قد نبه على الأولويه فی المسالك». و فيه ما لا يخفی بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و على كل حال فالحلی و الفاضل و المقداد و الكركی و ثانی الشهيدين و غيرهم على ما حكی عن بعض على عدم السقوط بهما، و إليه يرجع ما فی المختلف من التفصيل بوجود الاماره على الرضا و عدم وجودها، فإنه قول بالعدم.

و أما الثالث فالفاضل فی بعض كتبه و ولده و المقداد و التنقيح و ثانی

الشهيدين و غيرهم على عدم السقوط، و فى النافع أن الأشبه السقوط، و عن أبى العباس حكايته عن الشيخ فى النهايه و يحيى بن سعيد، و قد عرفت تحقيق الحال فى الجميع.

نعم الظاهر عدم دلاله شى ء منها من حيث هى ما لم تقترن بقرائن على ذلك، خصوصا مع قيام احتمال إراده التمهيد لوقوع البيع، بخلاف ما لو وقع منه الاذن لهما أو لأحدهما فى البيع و الابتياع بعنوان الاعراض عنها على الوجه الذى قد عرفت الحال فيه، فإنه حينئذ لا شفعه له، كما تقدم لك تحقيقه، و كذا كل ما كان من هذه المذكورات أو غيرها دالا على ذلك و لو بقرائن الأحوال، و الله العالم.

و كيف كان ف- لو بلغه البيع بما يمكن إثباته به كالتواتر أو شهاده شاهدى عدل فلم يطالب و قال: لم اصدق بطلت شفعته بناء على الفور و لم يقبل عذره الذى مرجعه المكابره، ضروره كون المفروض طريقا شرعا لثبوته، فهو حينئذ كالمعاينه أو العلم بذلك.

نعم لو أخبره عدد لا- يبلغ التواتر لكن حصل به الاستفاضه الموجبه للظن الغالب فلم يشفع لم تبطل شفعته، لعدم الدليل على ثبوت البيع بذلك ما لم يصل إلى حد العلم فيجب حينئذ.

بل فى المسالك «الأقوى كونه عذرا و إن قلنا بثبوته بها، للخلاف فى ذلك، فكان عذرا، هذا إذا اعترف بحصول العدد الموجب لها و لم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد و إلا لم يعذر كالشاهدين». و فيه ما لا يخفى.

بل فيها أيضا «أنه لو قال: لم يحصل لى بأخبارهم الظن الغالب فهو عذر و إن حصل لغيره، لأن ذلك أمر نفسانى لا يمكن معرفته إلا من قبله» و لا يخفى ما فيه أيضا.

نعم لو أخبره صبى أو فاسق لم تبطل و صدق فى العذر(۱)لعدم ثبوته شرعا بذلک و لو کانوا جماعه غیر عدول ما لم یصل إلى حد الاستفاضه التى عرفت الحال فیها.

و لو صدق الخبر ففى المسالک «فى عذره بالتأخیر بعده وجهان، من أن التصدیق لا یستند إلى علم و لا سند شرعى فلا عبره به، و من إمکان استناده إلى القرائن، فإن الخبر المحفوف بالقرائن المفیده للعلم لا ینحصر فى العدل و لعل هذا أوجه».

قلت: بل لا وجه لغیره، ضروره أنه لیس وراء العلم شى ء من أین ما حصل.

و کذا لو أخبره واحد عدل لم تبطل شفعته، و قبل عذره، لأن الواحد لیس حجه و احتمال قبول عذره حتى مع حصول العلم معه و لو من القرائن المفیده له واضح الفساد، و ما أبعد ما بین ذلک و بین احتمال الاکتفاء به ما یعلم کذبه، لعموم حجیه العدل.

و الذى یقوى اعتبار التعدد فى مثل المقام المشتمل على خصوصیه یندرج بها فى الشهاده کما حررنا ذلک فى محله.

ثم إن ظاهر المسالک ثبوت البیع على وجه تسقط الشفعه مع عدم الفور بها لغیر عذر باعتراف المتبایعین، و فیه أن اعترافهما إنما هو حجه علیهما لا أنه مثبت للموضوع واقعا بحیث یترتب علیه الحکم المتعلق بغیرهما، فتأمل، و الله العالم.

هذا و عرفت فیما سبق أنه لو جهلا أى الشفیع و المشترى قدر الثمن و تصادقا على ذلک لنسیان أو شراء وکیل

۱- ۱ هکذا فى النسخه الأصلیه المبیضه، و فى النسخه المخطوطه بقلمه الشریف« و صدق فى العذر عن الفور بها».

و قد مات أو غير ذلك بطلت الشفعه لتعذر تسليم الثمن المعتبر فى الشفعه على الوجه الذى قد عرفته.

بل لعله كذلك و إن دفع الشفيع قدرا يشتمل عليه مع فرض عدم قبول المشترى التبرع المزبور، لما فيه من المنه، بل و إن قبله فى وجه قوى مع احتمال الاجتزاء، لصدق تسليم الثمن و زياده.

بل و كذا الكلام فى جهل خصوصيه و إن دارت بين أمرين و سمح بهما الشفيع، و الله العالم.

و لو كان المبيع فى بلد ناء و الفرض أنه معلوم للشفيع فأخر المطالبه بالشفعه و الأخذ بها مع حضور المشترى و عدم عذر بل لم يمكن ذلك منه إلا توقعا للوصول حتى يقبض الشقص بطلت الشفعه بناء على الفور بلا خلاف أجده بين من تعرض له، لعدم ثبوت كون ذلك عذرا، فعليه أن يأخذ حينئذ و يدفع الثمن و إن تأخر قبض الشقص، لما عرفت من وجوب تسليم الشفيع الثمن أولا لكونه جزء مملك أولا.

بل لو قلنا باعتبار التقابض فيها فالظاهر وجوب الفور فيها أيضا و إن كان هو حينئذ الأخذ القولى، و يبقى تسليم الثمن موقوفا على تسلم الشقص، و هو حكم آخر غير الشفعه.

لكن قد عرفت سابقا جعل بعضهم انتظار بلوغ الثمره و الزرع عذرا معللا له بالضرر على الشفيع بتعجيل دفع الثمن مع مشغوليه الشقص، و لعل نحوه يأتى فى مثل المقام.

اللهم إلا أن يفرق بكون المانع فى الأول بقاء يد المشترى على الشقص بخلافه هنا، فإنه ليس إلا عدم وصول الشفيع إلى ماله الذى قد خلى بينه و بينه، و الفرض معلوميته له، و الله العالم.

و لو بان الثمن المعین مستحقا للغیر و لم یجز بطلت الشفعه، لبطلان العقد الذی هو عنوانها و کذا لو تصادق الشفیع و المشتری علی غصبیه الثمن المزبور أو عدم قابلیته ثمنا و إن لم یکن مثبتا للبطلان فی نفس الأمر بحیث یمضی فی حق البائع إلا أن الحق منحصر فیهما فیقبل ذلک فی حقهما.

بل لو أقر الشفیع خاصه بغصبیته مثلا قبل الأخذ بها منع من المطالبه

لعموم «إقرار العقلاء»(۱)

و إن لم یکن ذلک مثبتا للبطلان فی حق غیره.

و کذا تبطل الشفعه لو تلف الثمن المعین قبل قبضه عند الشیخ و الفاضل فی محکی المبسوط و التذکره لتحقق البطلان (۱۱) فی البیع الذی هو عنوان الشفعه.

و لعله کذلک لکن علی تردد فی هذا (۱۲) ینشأ مما عرفته سابقا فی الإقاله و الرد بالعیب: من أن حق الشفعه ثابت بالبیع، فلا یقدح فیه طرو الفسخ، سواء کان سابقا أو لاحقا بعد أن کان من حینه لا- من أصله. و من هنا جزم ثانی الشهیدین ببقائها کالمحکی عن الفاضل فی المختلف و ولده و الشهید.

لکن قال فی القواعد: «و لو تلف الثمن المعین قبل قبضه فان کان الشفیع قد أخذ الشقص رجع البائع بقیمته و إلا بطلت الشفعه علی إشکال».

قلت: لعل منشأه ما عرفت، و کأنه أراده فی الدروس و المسالک فی حکایه القول بالتفصیل و إن ترکا حکایه ذکر الاشکال فیه، و إلا فلم نعرفه قولا لأحد منا و لا من العامه.

و علی کل حال فقد یدفع الاشکال المزبور بأن حق الشفعه مع سبقه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الإقرار- الحدیث ۲.

يقدم على غيره من التصرفات الواقعه من البائع و المشترى و إن كانت فسخا بإقاله أو رد بعيب، لا أنه يقدم على المبطل الشرعى الذى لا يتصور فسخ حق الشفعه له على نحو فسخ الإقاله و الرد بالعيب.

و ثبوته مع البطلان المقتضى لكون الشقص ملكا للبائع و الشفيع إنما يأخذ من المشترى لا يطابق الأدله الشرعيه، كما لا يطابقها أيضا ضمان المشترى قيمه الشقص، خصوصا بعد أن لم يكن فى يده، و قد شفع به الشفيع، و هو فى يد البائع.

و احتمال أن للشفيع باعتبار سبق حصول سببه و هو البيع الصحيح فسخ الانفساخ المزبور تحكيما لدليل الشفعه عليه يدفعه أنه ترجيح لما دل على الشفعه المقتضى لذلك على ما دل على البطلان الشرعى المقتضى لبطلان حق الشفعه، مع أن الترجيح للأخير من وجوه.

فالتحقيق حينئذ عدم استحقاق الشفيع الأخذ مع كون التلف قبله، بل قيل خصوصا إذا قلنا بأن تلف الثمن قبل القبض من مال المشترى كما أن تلف المبيع قبل القبض من مال البائع، على معنى تقدير رجوع كل منهما إلى مالكه قبل التلف آنا ما، و حينئذ فلا ثمن للبائع على المشترى حتى يأخذه الشفيع به و إن كان فيه ما فيه.

نعم لو كان الأخذ قبله اتجهت الصحه، للأصل الذى لا ينافيه بطلان البيع من حينه الذى هو بمعنى استحقاق قيمه الشقص على المشترى باعتبار تنزيل أخذ الشفيع له منزله التلف.

اللهم إلاـ أن يقال: إن البطلان هنا أولى من بطلانها بفسخ البائع فإن الحكم الشرعى بكون ملك المشترى له مراعى بعدم تلف الثمن قبل قبضه أولى بتبعيه الشفعه له من تبعيتها لفسخ البائع، فتأمل جيدا.

بل قد يقال بسقوطها أيضا بالانفساخ الحاصل بالتحالف بين البائع

و المشترى مع عـدم علم الشـفيع بالحال، لكونه أيضا انفساخا شـرعيا لا وجه لفسـخ الشـفيع له المقتضـى لرده إلى المشترى حتى يأخـذه منه بـالثمن الـذى حلف البـائع على نفيه كمـا حلف المشترى على نفى مـا ادعاه البائع، فصار كأنه مبيع بلا ثمن، فلا وجه لأخذ الشفيع له بعد انفساخه بما عرفت.

أو قلنا بأن للبائع فسخه بذلك و إن لم ينفسخ قهرا.

لكن فى موضع من القواعـد بعـد أن ذكر أن للشـفيع فسـخ الإقـاله و الرد بـالعيب قال: «و لو قلنا بالتحالف عنـد التخالف فى قـدر الثمن و فسخنا البيع فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا».

و قال فيها فى موضع آخر: «و لو اختلف المتبايعان فى الثمن و أوجبنا التحالف أخـذه بما حلف عليه البائع، لأن للبائع فسـخ البيع، فإذا أخـذه بما قاله المشترى منع منه، فإن رضـى المشترى بأخـذه بما قال البائع جاز، و ملك الشـفيع أخذه بما قال المشترى، فان عاد المشترى و صدق البائع و قال: كنت غالطا فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب ذلك».

قلت: قـد ينسـاق فى بـادئ النظر أن المتجه بنـاء على الانفسـاخ قهرا بـذلك و فرض حصول تمـام التحـالف بينهمـا عـدم الأـخذ بالشـفعه، لعـدم إمكـان فسـخ الانفسـاخ المزبور و رد العين إلى المشترى على وجه يكون دركهـا عليه، لاقتضـاء بطلاـن مـا أفاده القضاء الأول بالتحالف.

و دعوى أن الأخذ حينئذ يكون من البائع على وجه يكون الدرك عليه خلاف المسـتفاد من أدله الشفعه التى مقتضاها الأخذ من المشترى و الدرك عليه.

لكن فيه أن التخـالف المزبور إنما يقتضـى الفسـخ من حينه بين البائع و المشترى، و الفرض سـبق تعلق حق الشـفعه، فيتجه حينئذ القول بأنه يأخذ بما يقتضيه البيع الأول قبل الفسخ، فيضمن حينئذ المشترى قيمه

الشـقص للبـائع، كمـا إذا رد البـائع الثمن بالعيب بعـد أن أخـذ الشـفيع الشـقص بشـفعته، و لكن مقتضـى ذلك الأخـذ بما يقوله المشترى حينئذ، لا ما يقوله البائع، بل مقتضاه حينئذ كون الأخذ منه دون البائع، ضـروره استحقاق الشفيع الانتزاع منه، فلا مدخليه للبائع، و فائده تحالفه تكون لضمان المشترى له الشقص لا ما ادعاه من الثمن الذى حلف المشترى على نفيه.

و من ذلك يظهر لك أنه لا وجه لما فى جامع المقاصـد من أن المتجه على التحالف بقاء الـدعوى بين الشـفيع و البائع، و يكون كالـدعوى بين الشـفيع و المشترى، ضـروره أنك قـد عرفت أخـذ الشـفيع من المشترى المعترف بكون الثمن كـذلك، فلا دخل للبائع الذى يرجع فى الفرض إلى قيمه الشقص لا إلى الثمن.

كما أنه يظهر لك النظر فيما سمعته من القواعد فتأمل جيدا، فإن المسأله من المشكلات.

و لاـ يسـهل الخطب فيهـا أن المشـهور بين أصـحابنا عـدم التحـالف، بل القول قول البائع مع قيام العين و القول قول المشترى مع تلفها، إذ يمكن فرضها فى صوره التحالف عند الأصحاب، كما إذا كان الاختلاف فى جنس الثمن، بأن قال البائع: أنه كذا حنطه مثلا و قال المشترى: إنه كذا شعيرا، فإنه لا ريب فى كون الحكم هنا التحالف، و يأتى البحث السابق.

و لتكن عند التأمل مستحضرا لمدخليه دفع الثمن فى تملك الشقص و أن الأخذ من المشترى و الدرك عليه، و أن التحالف إنما هو فى حق المتحالفين، و أن الشـفيع حقه على المشترى دون البائع، و أن الفسخ الطارى على البيع الصـحيح بسبب من المتعاملين أو مطلقا لا يبطل الشفعه و غير

ذلک، ینفعک فی المقام و نظائره، و الله العالم و الهادی.

و من حیل الاسقاط و لو بمعنی إیجاد ما یمنع رغبه الشفیع بأخذه، و الظاهر عدم الکراهه فی ذلک للأصل فضلا عن الحرمه، اللهم إلا أن یقال بعد التسامح بإشعار الأدله بها باعتبار مراعاه الشریک، و الأمر سهل.

و هی کثیره و لکن منها أن یبیع بزیاده علی (عن خ ل) الثمن الذی یبذل فی مثله علی وجه لا یرغب فیه معها و لکن مع المواطاه بینهما علی أن یدفع ب مقابله الثمن الزائد عوضا قلیلا، فإن أخذ الشفیع لزمه الثمن الذی تضمنه العقد، و کذا لو باع بثمن زائد فقبض بعضا و أبرأه من الباقی للمواطأه علی ذلک.

و لکن لا- یخفی أن ظاهر المصنف و غیره لزوم الثمن للمشتری مع المواطاه المزبوره علی وجه لو فرض خلف البائع فی ذلک استحقها علی المشتری، بل کاد یکون ذلک صریح کلامهم.

لکن فی التحریر «لو خالف أحدهما ما تواطئا علیه فطالب صاحبه بما ظهر لزمه فی ظاهر الحکم و یحرم علیه فی الباطن، لأن صاحبه إنما رضی بالعقد للتواطؤ».

و هو- مع ما فیه من صعوبه تصور خلف المشتری فی المواطاه علی وجه یلتزم بسببه فی الکثیر- أنه لا- یطابق ظاهر الأدله، إذ أقصاه مخالفه الوعد أو ما یشبهه، و لا إثم فیها علی الأصح فضلا عن حرمه المال، و تنزیله علی الشرط المضمر علی وجه یکون للمشتری دون الشفیع کما تری، نعم لو تواطئا علی الإقرار فی الظاهر فطالبه البائع مثلا بذلک کان حراما علیه فی الباطن، و لکنه غیر مفروض المسأله قطعا.

و الانصاف أن المسأله محتاجه إلی تنقیح علی وجه یظهر منه ما هو

المعروف من عدم جواز الصلح عن الحقوق بحيث تؤدى إلى سقوطها بأمثال هذه الحيل، و له مقام آخر.

و كذا من حيلها على وجه لا يتعلق حقها لو نقل الشقص بغير البيع كالهبه أو الصلح و نحوهما مما لا يتعلق به حق الشفعه، لما عرفته سابقا من أن موضوعها انتقال الشقص بالبيع دون غيره من النواقل و هو واضح.

كوضوح تصور أمور كثيره للرغبه عنها أو غير ذلك مما تقتضى عدم أخذ الشفيع بها و إن أكثر بعضهم فى الأمثله لذلك، و الله العالم.

و لو ادعى الشفيع على غير ه الابتياع فصدقه و قال: نسيت الثمن فالقول قوله مع يمينه كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى، لأنه لا يعلم إلا من قبله، و لو لم يقبل لزم التخليد فى الحبس على تقدير صدقه.

و حينئذ فإذا حلفه و يأس من العلم بطلت الشفعه بمعنى عدم ترتب أثر على استحقاقها، لتعذر العلم بالثمن الذى قد عرفت توقف الأخذ عليه، لكن إن لم يكن إجماعا أمكن المناقشه فى تعجيل القبول منه من دون تبين حاله بأنه مدع، فإن الأصل عدم النسيان.

و على الأول فان لم يحلف و قضينا بالنكول فان كان الشفيع يدعى العلم بقدر معين ثبت و أخذ بالشفعه به، و إن لم نقض به حلف الشفيع على ما يدعيه و أخذ به.

و إن كان لا يدعى العلم به و إنما يدعى علم المشترى ففى المسالك «احتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك، لعدم إمكان الحكم بشى ء و إحلاف الشفيع على أن المشترى يعلم و حبس المشترى حتى يبين قدره».

قلت: لا يخفى عليك جريان مسأله النكول السابقه هنا أيضا.

و لو ادعى الشفيع العلم بالثمن من أول الأمر من غير دعوى العلم به على المشترى و ادعى المشترى النسيان فهل يثبت بيمين الشفيع هنا؟ ففى جامع المقاصد فيه نظر. قلت: أقواه العدم. و لعله كذلك لو صادقه على النسيان، و هو المناسب لإطلاق المصنف و غيره أنه إذا حلف على النسيان بطلت الشفعه سواء ادعى الشفيع العلم به أو لا.

و لو ادعى المشترى أن عدم العلم بالثمن لأنه كان عرضا قيميا و أخذه البائع و تلف فى يده و لا أعلم قيمته فالقول قوله مع يمينه بلا خلاف و لا إشكال، و كذا لو قال: «أخذه وكيلى و لا أعلم به» أو نحو ذلك مما هو غير مناف للأصل، و هو ممكن، و لو لم يقبل منه يلزم تخليده فى السجن، و الله العالم. هذا كله إذا كان الجواب بنحو ما سمعت.

أما لو قال: لم أعلم كميه الثمن مقتصرا على ذلك لم يكن جوابا صحيحا و فى القواعد و التحرير و جامع المقاصد و المسالك كلف جوابا صحيحا غيره معللا فى أول الأخيرين بإجماله و احتماله، و فى ثانيهما بأنه «مشترك بين أن يكون لا يعلم ابتداء من حين الشراء، و هو غير مسموع، لاقتضائه بطلان البيع، و أن يكون غيره من الوجهين السابقين، فلا بد من تفصيله، و حينئذ فيلزم بجواب مسموع فإن أصر حبس حتى يجيب».

قلت: قد يناقش بأن احتماله للصحه كاف فى صحته، و لا داعى إلى عقوبته بحبسه حتى يجيب معينا له.

و كيف كان ففى المتن و غيره و إن كنا لم نتحققه أنه قال الشيخ: يرد اليمين حينئذ على الشفيع و يقضى على المشترى بما يحلف عليه، أى مع فرض دعوى العلم به، أما بدونه فلا، لعدم إمكان حلفه.

نعم فى المسالك «لو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن

ادعی علم المشتری حلف علی ذلک و ألزم المشتری البیان، ثم إن عین قدرا و طابقه علیه الشفیع حکم بمقتضاه، و إلا فإشکال».

قلت: لا یخفی علیک ما فی أصل القول المزبور ضروره کون المتجه إلزامه بالبیان لا القضاء بیمین الشفیع کما هو واضح، و الله العالم.

[المقصد الخامس فی التنازع]

اشاره

المقصد الخامس فی التنازع و فیه مسائل:

[المسأله الأولی إذا اختلفا فی الثمن و لا بینه فالقول قول المشتری مع یمینه]

الأولی:

إذا اختلفا أی الشفیع و المشتری فی قدر الثمن بعد اتفاقهما علی وقوع الشراء فقال المشتری: ألف مثلا و قال الشفیع:

خمس ماءه و لا بینه فالقول قول المشتری مع یمینه عند الشیخین و سلار و أبی الصلاح و القاضی و بنی زهره و إدریس و سعید و الفاضل و الشهید و غیرهم، بل هو المشهور نقلا و تحصیلا، بل لا یکاد یوجد فیه خلاف إلا من الإسکافی و ظاهر ثانی الشهیدین فی المسالک، بل فی الغنیه الإجماع علیه لأنه الذی ینتزع الشی ء من یده و لأنه الذی هو أعرف بالعقد و لأنه الغارم، و لأنه ذو الید، و لأنه الذی یترک لو ترک، و لأن المشتری

لا دعوى له على الشـفيع، إذ لا يـدعى شـيئا فى ذمته و لا تحت يـده، و إنما الشـفيع يـدعى اسـتحقاق ملكه بالشـفعه بالقدر الذى يعترف به الشـفيع و المشترى ينكره، و لا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر أن يكون مـدعيا عليه و إن كـان خلاف الأصـل، لأنه لا يدعى استحقاقه إياه عليه، و لا يطلب تغريمه إياه.

لكن مع هذا كله مال فى المسالك إلى تقديم قول الشـفيع وفاقا للإسـكافى مناقشا فى بعض الأدله السابقه فى الأول، فمنع (بمنع خ ل) كون المالك لا تزال يده عن ملكه إلا بما يدعيه، فقد يقدم قول المنكر فى كثير فى البيع و غيره، خصوصا مع تلف العين، و تخصـيص هـذا بمـا إذا كـانت العين بـاقيه ليكون كتقـديم قول البـائع فى الثمن مع بقاء العين فيه- مع كونه تخصـيصا لمـدعى (لـدعوى خ ل) القائل بغير رضاه- أن تقديم قول البائع حينئذ ليس لهذه العله؛ بل لروايه(1)وردت فى ذلك كما تقرر فى بابه، و من ثم خـالف فيه جمـاعه و أطرحوا الروايه إمـا لضـعف سـندها أو لمخالفتهـا للأصول و قـدموا قول المشترى مطلقـا أو حكموا بالتحالف إلى غير ذلك من الاختلاف، و تعديه الروايه إلى موضع النزاع مع تسليمها فى موردها قياس لا يقولون به».

و فى الثانى بأن «النزاع ليس فى العقـد، لاتفاقهما معا على وقوعه صـحيحا و اسـتحقاق الشـفعه به، و إنما النزاع فى القدر الواجب على الشـفيع دفعه إلى المشـترى من الثمن، فـالمشترى يـدعى زيـادته عمـا يـدعيه الشـفيع و الشـفيع ينكره، فيكـون المشـترى هو المدعى و الشفيع هو المنكر».

ثم اعترض على نفسه بأن العقد لا يتشـخص إلا بالثمن المعين، فيكون الاختلاف فيه فى قوه الاختلاف فى العقد، لأن المتشخص منه بالألف

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحكام العقود- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

غیر المتشخص منه بالخمسمائه، فیرجع إلی الاختلاف فی العقد، و هو أعلم به، لأنه من فعله دون الشفیع.

و أجاب بأن القدر من العقد الواقع علی الشقص مع کون الخمسمائه لازمه أمر متفق علیه، و إنما النزاع فیما زاد علی ذلک، و هو راجع إلی دعوی المشتری و إنکار الشفیع، علی أن هذا لو تم لزم تقدیم مدعی الزیاده فی کل معاوضه، سواء کانت العین باقیه أم لا، و هم لا یقولون به.

ثم اعترض علی هذا بأن عقد البیع مثلا إنما یقوم بالمتعاقدین فلیس أحدهما أولی من الآخر، فلذا لم یقدم قول مدعی الزیاده مطلقا، بخلاف الشفیع الذی هو خارج و یرید انتزاع العین بما یدعیه ممن کان لعقد عقده.

و أجاب بفرض وقوع العقد مع البائع و وکیل المشتری أو بالعکس ثم تنازعا من دون حضور الوکیل، فیلزم تقدیم قول من وقع العقد معه و لا یقول به الخصم، إلی أن قال: و بالجمله فمرجع التقدیم إلی کونه منکرا و الآخر مدعیا نظرا إلی الخبر(۱)أما غیره من الاعتبارات فلا التفات إلیها من الشارع، و إنما هی مناسبات لا تفید العله.

و فی الأخیر بأنه- مع منافاته لظاهر الخبر-(۲)لا یتم بعد أخذ الشفیع بالشفعه إما برضا المشتری بتأخیر الثمن فی ذمته أو مطلقا بناء علی أن أخذه المعتبر فی التملک بذله الثمن المتفق علی لزومه لذمته لا ما یدعیه المشتری، فإذا أخذ الشفیع بما اعترف به ملک الشقص و بقی النزاع بینه و بین المشتری فی القدر الزائد، و لو کان ملکه متوقفا علی إعطاء المشتری

۱- ۱ إشاره إلی قوله ص: «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» المروی فی الوسائل فی الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳ من کتاب القضاء.

۲- ۲ إشاره إلی قوله ص: «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر» المروی فی الوسائل فی الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳ من کتاب القضاء.

ما يـدعيه لزم إمكان دفعه عن التملك بسـهوله، كـدعوى قدر كثير لا يسـمح به الشـفيع من غير أن يثبته المشترى، و عموم الأدله تنفيه.

و لا يخفى عليك ما فى كلامه الأخير، ضروره عدم اقتضاء اتفاقهما على لزومه كونه الثمن الذى وقع عليه العقد، فكيف يتصور

تملكه به مع عدم ثبوت كونه ثمنا؟! و مجرد دعواه لا تثبته، و أصاله عدم الزياده لا تصلح لإثبات كون الثمن هو الناقص.

نعم لو فرض اتفاقهمـا على الثمن و أخـذ الشـفيع برضـا المشترى بكونه فى ذمته ثم اختلفـا فيه بعـد ذلـك أمكن تصوره حينئـذ، لكنه- مع أن فيه مـا فيه إذا فرض إبراز كيفيه الـدعوى بينهمـا فى تشـخيص مـا اتفقـا عليه سابقا من الثمن- أيضا خارج عن محل النزاع الذى هو اختلافهما ابتداء فيه.

و من هنا يعلم أيضا ما فى تفصـيل صاحب الكفايه- الذى تصيده من هذه العباره و عباره الكركى- بين وقوع النزاع قبل الأخذ و بينه بعده، فيقدم قول المشترى فى الأول و الشفيع فى الثانى، مضافا إلى ما فى الرياض من أنه خرق للإجماع المركب.

و أما ما ذكر من المنافاه للخبر ففيه أنه لا يقتضـى كون الشفيع هو المنكر، ضروره أنه إن كان مبناه الرجوع إلى العرف فلا ظهور فيه بأنه المنكر دون المشترى إن لم يكن العكس. و منه يعلم ما فى قوله: و بالجمله إلى آخره.

و أغرب من ذلك قوله فى الجواب عن المناقشه الأولى: «القدر فى العقد الواقع على الشقص مع كون الخمسمائه لازمه أمر متفق عليه» إلى آخره، ضـروره أنه لاـ اتفاق بينهما بعـد فرض كون النزاع بينهما فى شخصـى العقـد الـذى لا قـدر مشترك بينهما، فان الخمسمائه فى ضمن الألف

غيرها مستقله ثمنا فكيف يمكن حصول قدر متيقن بينهما و النزاع فى غيره؟! فليس هما إلاـ متباينان، و ما بينهما من الاتفاق الانتزاعى لا مدخليه له فى تشخيص كونه ثمنا كما هو واضح بأدنى تأمل.

و منه ينقدح أنه يتوجه كون كل منهما مدع بالنسبه إلى ذلك، لمخالفتهما للأصل كما ذكرناه فيما لو اختلف المتعاقدان و قد أبرز الدعوى فى تشخيص العقد، فضلا عن المقام الذى عنوان الحكم فيه نصا و فتوى الثمن الذى وقع عليه شخص العقد، و لا ريب فى عدم حجيه قول أحد منهما فى ذلك.

نعم يتوجه اليمين للشفيع على المشترى فى نفى ما ادعاه من الثمن، كما أنه قد يقال بتوجه اليمين للمشترى عليه أيضا فى نفى ما ادعاه مع احتمال عدمه، لأنه لا فائده فيه بعد وقوع اليمين منه.

و لكن على كل حال لا يثبت بذلك أن الثمن هو ما ذكره أحدهما إلا مع رد اليمين من أحدهما، و إلا فمع عدمه ينتفى ما ذكره كل واحد منهما، إلا أنه لا طريق متيقن لتملك الشفيع الشقص إلا بدفع ما يقوله المشترى، لأصاله عدم الانتقال، و ليس ذلك منهما مؤديا إلى جهاله الثمن التى قد عرفت اقتضاؤها عدم الشفعه، ضروره العلم به لكل منهما.

و إن اختلفا فى قدره فمع دفع الشفيع ما يدعيه المشترى يتوجه له التملك، لأنه ثمن على التقديرين، و ليس فى الأدله ما يقتضى منع التملك مع دفع الزياده على الثمن المعلوم عند الدافع، نعم حكمها الحرمه على المشترى مع كذبه و حلها له مع صدقه، و هو أمر آخر، و هو جيد لكن لم أعثر عليه قولاـ لأحد منا، بل و لا احتمالا و إن وافق المشهور فى النتيجه، و هو الأخذ بما يدعيه المشترى، إلا أنه ليس لثبوت كونه ثمنا بقوله و لكن لا يقين بملك الشفيع بدونه.

و ليس فى شى ء من الأصول بل و لا ما ذكرناه من أدله المشهور

ما يقتضى كون قول المشترى بيمينه من الطرق الشرعيه لإثبات كونه الثمن الذى وقع عليه شخص العقد.

و لكن مع ذلك كله لا- محيص عن العمل بالمشهور المحكى عليه الإجماع فى الغنيه الذى تطمئن النفس هنا بصوابه، و الله العالم.

هذا كله مع عدم البينه لكل منهما و إلا ففى محكى المبسوط و التذكره و التحرير أنه إن أقام أحدهما بينه قضى له و هو كذلك بناء على ما ذكرناه من أن كلا منهما مدع.

أما على المشهور فقد يشكل سماع بينه المشترى الذى هو منكر و فرضه اليمين، و قد ذكرنا فى كتاب القضاء أنه لا تندفع اليمين عنه بإقامه البينه.

و عن حواشى الشهيد أن الأقرب القبول و إن كان فى دفع اليمين عن المنكر بالبينه فى غير هذه الصوره تردد، و وجه الفرق أنه يدعى دعوى محضه و قد أقام بها بينه، فتكون مسموعه.

و فيه شهاده على ما ذكرناه سابقا من كون المشترى مدعيا، و من هنا أشكله فى جامع المقاصد و المسالك، بل فى الأول منهما أنه لا يخلو من تدافع.

قلت: قد يقال: إن تقديم بينه المشترى عند القائل به ليس لكونه منكرا صرفا بل هو مدع، إلا أن قوله مقبول فيما ادعاه على وجه يقدم على الشفيع كالودعى الذى يدعى الرد مثلا، فان قبول قوله بيمينه لا يمنع من قبول بينته لكونه مدعيا، و ليس كل من قبل قوله بيمينه منكرا، بل لعل بعض ما سمعته من أدله القائلين بتقديم قول المشترى كالصريح فى ذلك.

و بذلك يظهر لك ما فى دعوى بعض من أن ما فى الخلاف و المبسوط- من أنه لو أقام كل منهما بينه حكم ببينه المشترى- يوافق ما سمعته من

الإسکافی من أن المنکر الشفیع و إلا لم تقدم بینه المشتری الذی هو الداخل مع أنه یمکن أن یکون ذلک لأن مذهبه تقدیم بینه الـداخل کمـا حکی عنه، إلاـ أن ما ذکرناه أولا أولی کما یشـهد له ما عن الخلاف من تعلیل تقـدیمه بأنه مـدعی الزیاده، فیکون الوجه فی تقدیم بینته أنه کان یقدم قوله بدونها فمعها أولی و لا أقل من تعارض البینتین من المدعیین إلا أنه یرجح بینه المشتری بتقدیم قوله بدونها فیقوی جانبه بذلک.

و من هنا یظهر لک ضـعف ما تسمعه من قول المصنف: «و فیه احتمال للقضاء ببینه الشفیع، لأنه الخارج» بل فی قواعد الفاضل و جامع المقاصد و محکی السرائر و التذکره و الکفایه أنه الأقرب، بل عن الفخر المیل إلیه.

و لعله لتقـدیم بینه الخـارج بناء علی أنه الشـفیع و الـداخل المشتری، و إن کان فیه ما عرفت من احتمال منع کونه من ذلک، لأن کلا منهما مدع و إن قدمنا قوله مع عدم البینه علی حسب ما عرفت.

و لذلک قال فی المختلف بعد أن اختار تقدیم بینه المشتری: «و هذا بخلاف الداخل و الخارج، لأن بینه الداخل یمکن أن تستند إلی الید؛ فلهذا قدمنا بینه الخارج، و فی صوره النزاع البینه تشهد علی نفس العقد کشهاده بینه الشفیع».

و مراده فی الحقیقه ما ذکرناه من أن کلا منهما مدع و إن قدم قوله مع عدم البینه للإجماع المزبور و نحوه، بل هو مرجح لبینته لا أنه یکون به منکرا.

و حینئذ فمناقشه الکرکی و ثانی الشهیدین له بأن تقدیم بینه الخارج عند القائل به لیس لذلک فقط، بل ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱):

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳ من کتاب القضاء.

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و الخارج مدع فى غير محلها بعد ما عرفت.

بل إليه يرجع ما عن الخلاف من تعليل تقديمه بأن المشترى يدعى زياده الثمن و الشفيع ينكره، أى فهو بحكم المنكر و لو من وجه، نعم يحكى عن مبسوطه التعليل بأنه داخل فتقدم بينته.

و كيف كان فلا يخفى ما فى كلامهم من التشويش، و سببه عدم تنقيح الأمر أولا، و التحقيق ما عرفت من كونهما مدعيين على الوجه الذى ذكرناه، فتأمل جيدا.

و لعله لذا كان المحكى عن جامع الشرائع القول بالقرعه هنا، إذ ليس إلا لأن تنازعهما فى العقد، و لا داخل و لا خارج، إذ لا يدلهما، فصارا كالمتنازعين فى عين فى يد غيرهما، فتجب القرعه كما اعترف بذلك فى المختلف و إن ناقشه فى جامع المقاصد بأن تنازعهما فى استحقاق العين بالثمن المخصوص، و بأن القرعه فى الأمر المشكل الذى لم يدل النص على حكمه و ما نحن فيه ليس كذلك، أى باعتبار

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

لكن فيه ما عرفت من احتمال عدم كونه منكرا عنده، بل مدع قدم قوله، لكونه أعرف بالعقد أو نحو ذلك، و أنه باعتبار

التنازع فى التشخيص صار دعوى كل منهما مباينه للأخرى ليس بينهما قدر مشترك متفق عليه كما أوضحناه سابقا، نعم يتجه عليه أنه لا إشكال مع الترجيح بما عرفت، و الله العالم.

و كيف كان فقد صرح الشيخ و الفاضل و الكركى و الشهيدان على ما حكى عن بعضهم بأنه لا تقبل شهاده البائع لأحدهما بل لا أجد فيه خلافا صريحا.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۵- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳ من كتاب القضاء.

نعم يحكى عن السرائر أنه اقتصر على عدم قبول شهادته للشفيع، لأنه يدفع عن نفسه ضرر الدرك، و ربما أشعر بقبولها للمشترى، لكن لم أجد من حكاه.

و فى قواعد الفاضل و الدروس أنه يحتمل القبول على الشفيع مع القبض و له بدونه، بل قيل قد استحسنه فى التذكره و قواه فى الحواشى و كأنه مال إليه فى الإيضاح.

و على كل حال ففى جامع المقاصد و المسالك تعليل عدم القبول مطلقا بأنها تجر نفعا على التقديرين، و هو استحقاق الثمن الكثير و بدله إن ظهر مستحقا أو رد العين إن شهد للمشترى، بل ربما كان له غرض بعود المبيع إليه بفسخ المشترى إذا علم بالعيب أو الغبن و يخشى فوات ذلك بأخذ الشفيع فينفره من الأخذ بكثره الثمن و التخلص من ضمان درك الزياده لو شهد للشفيع، بل ربما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قله الأرش لو ظهر المبيع معيبا، بل ربما كان عالما بالعيب و يتوقع المطالبه بأرشه و ربما خاف رد المشترى له بالعيب أو الغبن دون الشفيع، فيرغبه فى الأخذ بتقليل الثمن إلى غير ذلك مما لا يخفى ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه فى كتاب الشهادات.

بل ذكروا فيها ما يعلم منه عدم كون المقام من رد الشهاده بجر النفع الذى هو عندهم ما يكون الشاهد به مدعيا كشهاده الشريك لشريكه و نحو ذلك، بل لا جر نفع بعد إقرار المشترى بالثمن.

نعم ما نحن فيه من كون الشاهد متهما، لكن قد ذكرنا عدم ردها بمطلق التهمه، بل التهمه المخصوصه المستفاده من الأدله.

و لعله لذا قال بعض المعاصرين: إن الأقوى القبول مطلقا، و لكنه مخالف لمن عرفت، و يمكن الاستدلال له بما عن المبسوط من تعليله بأنها

شهاده على فعله، و المنساق من إطلاق الأدله خلافه.

و أما احتمال التفصيل المزبور المستفاد من السرائر فلا وجه معتد به له، كالتفصيل الذى سمعته من الفاضل، و لعل الأولى عدم القبول مطلقا، و الله العالم.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا تفصيل الحال فى الصور الأربعه و هى عدم البينه أو البينه للمشترى أو للشفيع و الرابعه التى هى لو أقام كل منهما بينه و أن الأولى فيه ما ذكره المصنف من أنه حكم ببينه المشترى و إن كان فيه احتمال للقضاء ببينه الشفيع لأنه الخارج لكن قد عرفت تفصيل الحال فيه، و الله العالم.

و لو كان الاختلاف بين المتبايعين فى قدر الثمن و لأحدهما بينه حكم بها بلا خلاف و لا إشكال بناء على التحالف مع عدمها، أما على القول بتقديم قول المشترى مطلقا فيشكل سماع بينته على وجه يسقط عنه اليمين بما عرفت من أنه منكر و وظيفته اليمين.

بل و على المشهور من أن القول قول البائع مع بقاء السلعه و المشترى مع تلفها، بناء على أن كل من كان القول قوله كان هو المنكر، فلا تسمع منه البينه، لأن عليه اليمين، فيشكل حينئذ سماعها من البائع مع البقاء و من المشترى مع التلف.

لكن قد عرفت ما يعرف منه الجواب عن ذلك، كما أنه قد تقدم فى كتاب البيع(۱)تحقيق الحال فى المسأله بجميع أطرافها.

و منه ما لو كان لكل منهما بينه و إن قال الشيخ فى المبسوط الحكم فيها حينئذ بالقرعه (۱۱) عندنا التى هى لكل أمر مشتبه، و منه هذا.

۱- ۱ راجع ج ۲۳ ص ۱۸۴- ۱۸۶.

و لكن فيه إشكال، لاختصاص القرعه بموضع اشتباه الحكم كما اعترف به و لا اشتباه مع الفتوى من المشهور ب الخبر المزبور(۱)المتضمن أن القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعه، فتكون البينه هنا بينه المشترى كما صرح به الفاضل و الكركى و الشهيد فى المحكى من حواشيه، و استحسنه فى المسالك، بل قيل إنه قضيه كلام التذكره و الإيضاح، إذ الفرض بقاء العين التى يأخذها الشفيع، فيكون هو الخارج الذى تقدم بينته بناء على القول به.

بل ربما تجشم لكون البائع منكرا من غير جهه قبول قوله إنه لما عين السبب و شخصه بوقوع الثمن على الزائد لم يكن

معترفا بالملك مطلقا بل على ذلك الوجه الذى إن ثبت ثبت به الثمن المخصوص، فيكون منكرا لما يدعيه المشترى، فوجب عندهم تقديم بينه المشترى و إن كان هو كما ترى.

نعم فى الإيضاح «أن بينه المشترى مقدمه و لو قلنا بالتحالف مع عدم البينه، لأنها مخالفه لأصلين: انتقال الملك و رضا البائع بهذا العوض و بينه البائع تخالف أصلا، و هو عدم رضا المشترى بالزياده، أى فيكون المشترى هو الخارج الذى تقبل بينته».

مع أنه يمكن أن يناقش أيضا بأنه مع اعتبار الأصلين لا معنى للتحالف، بل يتعين حلف المشترى، و إلا فلا معنى لترجيح بينته بهما.

بل ناقشه فى جامع المقاصد بأن أصاله عدم انتقال الملك إليه قد زالت باعتراف البائع بحصول البيع الناقل للملك و إن كان قد يدفع بإمكان إراده أصاله عدم انتقال الملك إلا بما يقوله مالكه.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب أحكام العقود- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

لكن التحقيق مع إبرازهما الـدعوى على وجه يكون كل منهما مـدعيا و منكرا يتجه قول الشـيخ بالقرعه مع عدم الترجيح، و زياده مخالفه الأصول على فرض تسليمها لا تقتضى جعله مدعيا بحيث ترجح بينته على الآخر.

و إن أبرزهـا على وجه يكون البـائع مـدعيا و المشترى منكرا أو بـالعكس إن أمكن فرضه بنى على مسأله ترجيـح بينه الـداخل و الخارج، و الله العالم.

و كيف كان فعن قضيه كلام المبسوط أنه إذا قضى بالثمن تخير الشفيع فى الأخذ بذلك و فى الترك حتى فى صوره عدم البينه لأحـدهما، و حلف البائع باعتبار أن القول قوله، لقيام العين التى يريـد الشـفيع أخذها، فضـلا عن صوره ما لو أقام بينه بذلك بناء على قبولها منه.

و وجهه أنه الثمن شرعا، و الشفيع إنما يأخذ به، بل قيل: إنه لو أوجب الشارع غيره أو أجازه لتضاد الحكمان، و قد

قال (عليه السلام): «لا يحكم فى قضيه بحكمين مختلفين»

و إن كان فيه أن ذلك كـذلك مع اتحاد الحكم و المحكوم عليه و له، بخلاف المقام الذى المحكوم عليه المشترى و المحكوم له الشفيع.

بـل قـد ينـاقش فى الأول أيضا فى صوره الحلف بأنه إنما يثبت الثمن فى حق المشترى دون غيره، بل و فى صوره البينه أيضا بعد تكذيب المشترى لها الذى يأخذ الشفيع منه.

و من هنا كان خيره الفاضل و ولـده و الشـهيدين و الكركى الأخـذ بما يـدعيه المشترى مطلقا، لأن الشـفيع إنما يأخذ منه و يدفع إليه الثمن، و هو يزعم أن البائع ظالم بأخذ الزائد، فلا يظلم هو الشفيع فيه بعد الإقرار

منه النافذ فی حقه.

بل عن الفاضل و الشهید التصریح بذلک حتی لو رجع إلی قول البائع و قال: «کنت ناسیا» إلا أن یصدقه الشفیع.

و لکن قد یقال بناء علی اعتبار دفع الثمن الواقعی من الشفیع فی التملیک و الفرض عدم علم الشفیع و عدم ثبوت الواقع منه بقول المشتری خاصه: یتجه توقف الحکم بتملک الشفیع علی دفع الثمن الواقع، و لیس إلا ما یقوله البائع، خصوصا مع إقامه البینه التی فرض قبولها منه.

و مجرد اعتراف المشتری بکون الثمن کذلک لا یثبت الواقع، نعم مع مصادقه الشفیع له علی ذلک یتجه الحکم بالتملک، لا لثبوت ذلک واقعا، بل لکون الحق منحصرا فیهما، فمع اتفاقهما علیه یحکم بالملک، بخلاف ما إذا انفرد المشتری، فان الإقرار فی حقه لا یصیر کون الثمن کذلک علی وجه یحکم بحصول الملک للشفیع المعتبر فیه دفع الثمن فی نفس الأمر علی وجه لو رضی الشفیع(۱)بالأقل لم یملک بإنشاء الأخذ إلا إذا ثبت فی ذمته ثم یبرؤه المشتری منه.

و حینئذ ففی المقام لا یحکم بتملکه الشقص إلا بدفع ما یعلم کونه الثمن و إن کان لا یجوز للمشتری مطالبته بالزائد، بل و لا یملکه إن کان فی نفس الأمر صادقا، و لعله إلی هذا نظر المصنف و الشیخ.

و لکن مع ذلک فیه ما فیه باعتبار أن العین فی ید المشتری، و هو مقر للشفیع باستحقاق انتزاعها منه بکذا، فلا یلزم بغیره.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فی المسأله بین الاختلاف فی قدر الثمن و بین الاختلاف فی قیمته لو فرضا غرضا و قلنا بالشفعه به و قد تلف، لجریان

۱- ۱ هکذا فی النسخه الأصلیه المبیضه و المسوده، و الظاهر أنه سهو من قلمه الشریف و الصحیح« المشتری» بدل« الشفیع».

جميع ما سمعته فيه.

لكن فى القواعد بعد أن جزم بأن القول قول المشترى فى الأول قال هنا: «قدم قول المشترى على إشكال» و لم يظهر لنا وجه معتد به له.

و لو اختلفا فى الغرس و البناء فقال المشترى: أنا أحدثته و أنكر الشفيع قدم قول المشترى، لأنه ملكه، و الشفيع يطلب تملكه عليه، فالأصل عدم تعلق حقه به، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبى فأنكر الأجنبى قضى بالشفعه للشريک]

المسأله الثانيه قال فى الخلاف و محكى المبسوط إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبى فأنكر الأجنبى قضى بالشفعه للشريک بظاهر الإقرار، و لكن فيه تردد و خلاف من حيث وقوف الشفعه على ثبوت الابتياع و لم يحصل، بل قد انتفى بيمين الأجنبى.

و لعل الأول أشبه عند المصنف بأصول المذهب التى منها إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، وفاقا للفاضل و الشهيدين و الكركى، للإقرار المزبور الذى لا ينافيه عدم نفوذه فى حق المشترى بعد إنكاره له و الشفعه تتبع البيع، و لو الحاصل بالإقرار الذى هو أحد الطرق فى ثبوته و لو بالنسبه للمقر، و لذا لو صدقه المشترى ثبتت الشفعه بمجرد الإقرار.

و لكن بالغ الحلى فى إنكار ذلک فقال: «إن الذى تقتضيه أصول أصحابنا و مذاهبهم أن الشفعه لا تستحق إلا بعد ثبوت البيع، و يستحقها و يأخذها من المشترى دون البائع، و البيع ما صح و لا وقع ظاهرا، و لا يحل لحاكم أن يحكم بأن البيع حصل و انعقد، فكيف يستحق الشفعه فى بيع لم

يثبت عنـد الحـاكم؟! و كيف يأخـذها من البـائع؟! و أيضـا الأصـل أن لا شـفعه فمن أثبتها احتاج إلى دليل قاطع، و هـذه المسأله حادثه نظريه لا يرجع فيها إلى قول المخالفين» إلى آخره.

و هو فى غـايه الجوده، خصوصـا بعـد ما سـمعته منا من عـدم ثبوت البيع بإقرار المشترى مع البائع، فضـلا عن البائع خاصه، و من مخالفه الشفعه للأصل التى ينبغى الاقتصار فيها على المتيقن فضلا عما كان المنساق من الأدله خلافه، و من الإجماع بقسميه على أن الشفيع يأخذ من المشترى على وجه يكون دفع الثمن جزء مملك.

و معلوميه عـدم ثبوت الموضوع بالإـقرار الـذى هو حجه على المقر نفسه لاـ أنه يثبت موضوعـا علق الشـارع عليه حكما، و الأخذ بالشـفعه مع التصادق بين الشـفيع و المشترى ليس لثبوت الموضوع، بل لأن الحق منحصـر فيهما، و قـد اعترفا به، و لا يبعد هنا مع فرض تصادق الشفيع مع البائع أن يكون له الأخذ مع دفع الثمن للحاكم بناء على عموم ولايته لمثل هذا.

و دعوى ثبوت البيع فى حق الشفيع لو صدق البائع المشترى قد عرفت ما فيها سابقا.

و من الغريب ما فى المسالك و غيرها من أنه «إن أقر البائع بقبض الثمن دفعه الشـفيع للحاكم، لأنه مستحق عليه و لا يدعيه أحد، و إلا كان للبائع أخـذه قصاصا» ضـروره عـدم تماميته بناء على مـدخليته فى التملک، و المقاصه التى ذكرها لا وجه لها بعد عدم ملک المشترى له، و خصوصا بعد إحلافه المشترى.

ثم قال: «و لا يثبت الـدرک على المشترى، لعـدم ثبوت البيع بالنسـبه إليه، بل يبقى على البائع» و فيه أنه لا وجه لكون دركه عليه بعد إقراره بكون الشقص ملكا لغيره.

و بالجمله فإن كان المراد ثبوت الشفعه بالإقرار المزبور على وجه يترتب عليه حكمها الذى منه بطلانها مع عدم الفور و نحوه فلا ريب فى عدم ثبوت ذلک بإقراره مع المشترى فضلا عن أحدهما خاصه، و إن كان المراد أن للشفيع الأخذ مؤاخذه للمقر بإقراره فلاـ بأس به، و لكن فى المقام لاـ درک على أحد، و الثمن يقبضه الحاكم بناء على عموم ولايته لمثل ذلک و إن كان فيه منع واضح.

نعم لو رضى المدعى عليه الشراء بالقبض أمكن القول بحصول تمام المملک على مقتضى إقرار البائع و إلا فهو مشكل.

و على كل حال فلاـ إشكال فى أن للبائع إحلافه إذا لم يكن قد قبض الثمن، بل و مع قبضه من الشفيع و إن استشكل فيه فى القواعد، بل هو مقتضى عدم الترجيح فى غيرها، لانتفاء فائدتها بعد قبضه الثمن.

لكن فيه أن دفع الدرک أمر مطلوب، على أن ما قبضه من الشفيع ليس هو عين حقه، فله الإحلاف لأجل تحصيل حقه، بل له ثمرات أخر غير ذلک. مضافا إلى صدق كونه مدعيا و هو منكر.

و أما الشفيع فله إحلافه أيضا كما صرح به غير واحد بناء على قبول الدعوى منه و إن لم يكن جازما بها تحصيلا لإقراره و ضمانه الدرک و غير ذلک، مضافا إلى الصدق المزبور، و لعله لذا نفى الشک عنه فى محكى الإيضاح على القولين لإثبات الشفعه أو الدرک، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر فالقول قول المنكر مع يمينه]

المسأله الثالثه:

إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده على وجه يستحق الشفعه عليه فأنكر فالقول قول المنكر مع يمينه بلا خلاف أجده بين من تعرض له، كالشيخ و القاضى و الحلى و الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، بل و لا إشكال، لأصاله عدم تحقق شرط الشفعه.

و لا ينافى ذلك أصاله عدم تقدم شرائه، فإن ذلك لا يرفع الشك فى تحقق الشرط بعد تعارض الأصول حتى أصل عدم الاقتران، فمع فرض جهاله التاريخ أو مطلقا على ما تكرر منا يحصل الشك فى تحقق الشرط، فعلى مدعيه الإثبات.

و حينئذ فإن حلف أنه لا يستحق عليه شفعه جاز، و لا يكلف اليمين أنه لم يشتر بعده و إن كان قد أجاب به بلا خلاف أجده أيضا بين المتعرضين له، و لعله للاكتفاء بذلک فى بطلان دعواه.

لكن قد يناقش بأن ظاهر

قوله (صلى الله عليه و آله)(١): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

كون كيفيه اليمين على ما وقع منه من الإنكار.

و لذا كان المحكى عن بعض وجوه الشافعيه وجوب الحلف على نفى الأخص إن أجاب به، لأنه لم يجب به إلا و يمكنه الحلف عليه، و لأنه مع الجواب له ينحصر سقوط حقه بما ذكره، نعم لو أجاب من أول

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٥- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ٣ من كتاب القضاء.

الأمر بالأعم لم يكلف غيره و إن كان لهم وجه أيضا بوجوب الحلف بالأخص حينئذ على طبق الدعوى.

لكنه واضح الضعف بعد فرض كون الجواب صحيحا، لأنه يمكن أن يكون قد اشترى بعده و لكن سقطت الشفعه بمسقط و لا يستطيع إثباته لو ادعاه، و قد حررنا المسأله فى كتاب القضاء، إذ لا تخص المقام، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو قال كل منهما: أنا أسبق فلى الشفعه فكل منهما مدع كما صرح به الفاضل و الشهيدان و الكركى و غيرهم على ما حكى عن بعض لأصاله عدم تقدم أحدهما على الآخر، بل مقتضى إطلاقهم عدم

الفرق بين العلم بتأريخ شراء أحدهما و جهاله الآخر و عدمه، و هو مؤيد لما تكرر منا من أن ذلك لا يجدى فى الحكم بالتأخر عنه على وجه يترتب عليه الحكم لو فرض كونه عنوانا كما فى المقام.

و حينئذ ف- مع عدم البينه لأحدهما يحلف كل منهما لصاحبه، و تثبت الدار بينهما بلا شفعه لأحدهما على الآخر.

لكن قد يشكل ذلك بأنهما دعويان مستقلان لا دعوى واحده يكون الحكم فيها بالتحالف، فيتجه حينئذ فيها أن يقال: إنه إن سبق أحدهما بالدعوى أو كان عن يمين صاحبه و قلنا بالترجيح أو أقرع الحاكم فى استخراج تقديم أيهما فى الدعوى مع فرض تقارنهما يسمع دعواه، و يحلف المنكر مع عدم البينه، فإن نكل حلف المدعى و قضى له، و لم تسمع دعوى الآخر بعد استحقاق خصمه ملكه، بناء على اعتبار بقاء الملك فى استحقاق الشفعه.

نعم لو حلف و لم ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعه، و بقيت له الدعوى بها عليه، فإذا ادعى بها و حلف خصمه استقر الملك بينهما

على الشركه بلا شفعه، و إن نكل حلف هو و شفع إن أراد، و صار الكل له كما صرح بذلك فى موضع من القواعد، بل هو المحكى عن المبسوط و المهذب و التذكره و التحرير و جامع المقاصد، و لا ريب فى ظهور منافاته لما هنا من سماع الدعويين معا و التحالف.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد بالتحالف فى كلامهم على الوجه المزبور، لا التحالف الذى هو فى دعوى واحده، كالاختلاف فى ثمن مبيع واحد أنه الدابه أو العبد مثلا.

لكن قد ينافيه قولهم أخيرا: إذا أقام كل منهما بينه فالتساقط أو القرعه، ضروره ظهوره فى كونه دعوى واحده.

و ربما دفع بأن المراد منه إذا أقام المدعى عليه بينه بأنه السابق بعد قيام البينه من خصمه على أنه السابق سمعت منه من غير إنشاء دعوى مستأنفه، لأن كلا منهما مدع سلطنه على ملك الآخر، فله أن يدفعها عن نفسه، كما سمعت بينه المشترى إذا اختلف هو و الشفيع فى الثمن، مع أن الشفيع هو المدعى، و كما تسمع بينه البائع إذا اختلف هو و المشترى مع بقاء العين.

و فيه أن مقتضى ذلك كون الدعوى واحده فيها التحالف نحو غيرها من مسائل الثمن و نحوه مما يكون فيه التحالف.

و لعل الأولى أن يقال: إن الفرض و إن كان فى الظاهر دعويين، باعتبار أن كلا منهما يدعى الشفعه فى شقص الآخر فهما شفعتان، إلا أنه يمكن إبرازهما على وجه يكون كالدعوى الواحده التى فيها التحالف باعتبار أن كلا منهما يدعى السبق الذى هو واحد.

على أن الدعوى لا تجاب بالدعوى، بل حتى تنتهى الأولى إذا كانت مستقله عنها لا ربط لها بها، بخلاف المقام و نحوه الذى يكون

مقتضى أحدهما فساد الأخرى و صالحه لأن تكون جوابا عنها، كما فى المقام فان جواب الخصم بأنى الأسبق يقتضى بطلان دعواه السبق المستحق به الشفعه.

و لعله لذا كان ظاهر الأصحاب فى المقام أنها دعوى واحده يكون فيها التحالف، و حينئذ يقع النظر فيما سمعت من الشيخ و غيره. اللهم إلا أن يفرض أنهما اختارا إبرازها بعنوان دعويين مستقلين، فحينئذ يأتى الكلام السابق الذى هو البدأه بإحداهما على حسب غيرها من الدعاوى، فإذا انتهت توجهت الأخرى إن بقى لها محل، فتأمل جيدا، فإنه لا يخلو من دقه، و الله العالم.

و كيف كان ف- لو كان لأحدهما بينه بالشراء مطلقا لم يحكم بها، إذ لا فائده فيها و لا نزاع بينهما فى الشراء المطلق الذى لا يثبت الشفعه.

نعم لو شهدت لأحدهما بالتقدم على صاحبه قضى بها كما صرح به الشيخ و غيره ممن تعرض له على ما حكى عن بعض، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فيقضى بها حينئذ و إن كان للآخر البينه المطلقه التى لا فائده فيها.

لكن قد يناقش بأنها أعم من اقتضاء الشفعه، إلا أن يكون مورد النزاع بينهما كذلك، لا أنه أمران: السبق و استحقاق الشفعه، كما هو ظاهر المتن.

و احتمال الاكتفاء بالشهاده على المقتضى و إن لم يعلم اقتضاؤه لاحتمال مقارنه المانع واضح الضعف، فتأمل.

و لو كان لهما بينتان بالابتياع مطلقا أو فى تأريخ واحد على وجه لا سبق لأحدهما فلا ترجيح ضروره عدم الفائده فى المطلقه

كما عرفت، و اقتضاء الثانيه عدم الشفعه بينهما لعدم السبق من أحدهما، كما هو واضح.

و لو شهدت بينه كل واحد منهما بالتقدم على وجه يحصل التعارض قيل و القائل الشيخ و القاضى فيما حكى عنهما و الكركى تستعمل القرعه، و قيل و لكن لم نجد القائل به منا سقطتا و بقى الملك على الشركه.

و لا ريب أن الأول هو الأقوى لحصول الاشتباه الذى هو مورد القرعه بعد عدم إمكان العمل بها معا بالقسمه و إن احتمله فى محكى التذكره لكنه بعيد، فيحلف حينئذ من خرج اسمه و يقضى له، أو يحكم له بلا يمين، كما حررنا ذلك فى كتاب القضاء.

و منه يعلم ضعف ما ذكره المصنف من القول الذى مقتضاه بقاء الملك مشتركا بينهما بلا تحالف إسقاطا للبينتين المعلوم حجيه إحداهما.

بل و ما عن الإيضاح من التساقط و التحالف تنزيلا لهما منزله العدم بعد استحاله الترجيح، و مال إليه فى المسالك قال: «و ليس الحكم باليمين مع سقوط البينه ببعيد كما هو مع إقامتها، و هذا لا يخلو من قوه» و كأنه لعدم تحريره المسأله فى كتاب القضاء، ضروره معلوميه عدم سقوط البينه عندهم بحال، كضروره كون القاعده عدم اليمين معها، فليس حينئذ إلا القرعه بعد عدم إمكان القسمه بجعل الشفعه لكل منهما فى النصف لعدم تبعض الشفعه، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا ادعى الابتياع و زعم الشريک أنه ورث و أقاما البينه يقرع بينهما]

المسأله الرابعه إذا ادعى الشريك على شريكه أنه انتقل إليه الشقص ب الابتياع و زعم الشريک أنه ورث و أقاما معا البينه على دعواهما قال الشيخ: يقرع بينهما، لتحقق التعارض بين الابتياع و الإرث و لا ترجيح، فيشتبه الحال فى صدق أيهما، فيستخرج بالقرعه، لأنها لكل أمر مشتبه.

و ضعف بعدم الاشتباه و عدم التعارض، لأن الشفيع هو الخارج و المدعى حقيقه، باعتبار طلبه انتزاع ملك الشريک الذى مقتضى الأصل بقاؤه، و يخلى و سكوته، و يترک لو ترک، فتكون بينته أرجح، لعموم

«البينه على المدعى»(۱)

و لأنه ربما عولت بينه الإرث على أصاله بقاء الملك إلى حين الموت، فانتقل بالإرث، لعدم علمها بصدور البيع، و بينه الشراء اطلعت على أمر زائد، فلا تعارض

بينهما حيث يكون البائع هو الموروث. و من هنا كان خيره الفاضل و الشهيدين و الكركى على تقديم بينه الشفيع.

لكن لا يخفى عليك أن حاصله تقديم بينه الخارج على الداخل الذى هو الشريک باعتبار كون القول قوله مع عدم البينه، و البحث فى تقديمها أو بينه الداخل حررناه فى كتاب القضاء.

لكن قد يقال: إن ذلک حيث يكون جواب الشريک عدم الابتياع لا الإرث أو الانتقال بالصلح أو نحو ذلک مما يكون به مدعيا زياده على

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۵- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳ من كتاب القضاء.

الإنکار، و حینئذ یتجه ما یقوله الشیخ، ضروره کون کل منهما مدعیا امرا خارجا عن الأصل، و کون القول قول الشریک مع عدم البینه لو اقتصر علی الإنکار لا یقتضی کونه کذلک حتی إذا ادعی أمرا آخر، و الفرض أنه أقام البینه علیه.

و تظهر الثمره أنه لو لم تکن إلا بینته لم یکن علیه الیمین و إن قلنا:

إن المنکر لا تسقط عنه الیمین بالبینه، و لعل التأمل فی بعض کلامهم فی مسأله الإیداع یشهد بذلک فی الجمله، خصوصا بعد ظهوره فی القرعه مع المنافاه، فتأمل جیدا.

و لو أقام الشفیع بینه أنه کان لزید مثلا لم تفسده، ضروره عدم ثبوت البیع بها، بل لو أقر زید بالبیع أیضا فکذلک، لأنه إقرار فی حق الغیر، و لا یکون بذلک شاهدا، لما عرفته سابقا من عدم قبولها علی فعل نفسه، و ما ذکروه من جر النفع بها، و لیست الشفعه من حقوق العقد التی یقبل فیها قول البائع باعتبار کونه إقرارا فی حق نفسه، و إنما الشفعه حق ثابت بالاستقلال للشریک بسبب البیع.

و لو ادعی الشریک أن زیدا باعه إیاه و صدقه زید علی ذلک و لکن الشریک یقول: إنی ورثته من أبی لم تثبت الشفعه أیضا، إذ تصدیق زید لا یمضی إقرارا علی غیره، و لا شهاده علی فعله، کما عرفته سابقا، و الله العالم.

و لو ادعی الشریک بزعم المدعی أن الشقص فی یده علی جهه الإیداع من مالکه و الشفیع أنه فی یده علی وجه الابتیاع فان لم یکن لأحدهما بینه فالقول قول مدعی الودیعه الذی مرجعه إلی إنکار استحقاق الشفعه علیه، لأن الأصل عدمها.

و لو أقام کل منهما بینه قدمت بینه الشفیع، لأن الإیداع لا ینافی

الابتياع كما فى القواعد و التحرير، و هو كذلك حيث يكون كذلك، إذ صور المسأله أربع و عشرون: لأنهما إما أن يكونا مطلقتين أو مؤرختين، أو بينه الإيداع مؤرخه و الأخرى مطلقه أو بالعكس، و على تقدير التأريخ فاما أن يتحد أو يتقدم تأريخ الابتياع أو تأريخ الإيداع، فالصور ست، ثم على جميع التقادير إما أن تتعرض كل واحده من البينتين للملك للبائع و المودع بأن تقول بينه الشفيع: إن البائع باع ما هو ملكه، و بينه الإيداع:

إنه أودع ما هو ملكه أو لا تذكرا ذلك أو تذكر إحداهما دون الأخرى، فالصور أربع مضروبه فى الست السابقه ترتفع إلى أربع و عشرين صوره.

و قضيه الإطلاق السابق تقديم بينه الشفيع فى جميعها عدا صوره واحده ذكرها المصنف ناسبا حكمها إلى الشيخ مشعرا بتردد فيه.

و لكن تحقيق الحال أنه لا إشكال فى عدم التنافى مع إطلاقهما، بل و مع تقديم بينه الإيداع فى التأريخ على بينه الابتياع، بل و كذا لو كانت بينه الإيداع مطلقه و بينه الابتياع مؤرخه.

بل فى المسالك «لا منافاه مع سبق تأريخ بينه الابتياع أيضا، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الإيداع فاعتمده الشهود، و هذا و إن كان خلاف المعروف من معنى الإيداع إلا أن بناء ملك الإيداع على ظاهر الأمر، و عقده على التساهل، و من ثم اكتفى فيه بالفعل فسهل الخطب فيه» و نحوه عن التذكره.

و لكنه كما ترى، ضروره عدم صلاحيه مثل ذلك للجمع بين البينتين و إلا فمثله يأتى فى بينه الابتياع، نعم يمكن فرضه بإمكان شرائه منه بعد بيعه له ثم إيداعه له.

و عن المبسوط و الدروس تقييد تقديم بينته بما إذا كانتا مطلقتين أو كانت بينه الابتياع متأخره التأريخ أو مقيده بأن البائع باع ما هو ملكه

و لم تقيد بينه الابتياع.

و فيه أنه لا يتم إطلاق عدم التنافى فى الأخيره، و لكن ترجح هى على بينه الإيداع بذكر الملك إن صلح مرجحا.

و أشكل من ذلك دعوى عدم التنافى فيما لو اتحد التأريخان على وجه لا يمكن الجمع بينهما، بأن قالت إحداهما بعد الزوال بلا فصل: أودعه و الأخرى: باعه منه، ضروره وضوح التنافى، سواء تعرض فيهما لكونه أودع ملكه أو باعه أو لم يتعرض فيهما، أو تعرض فى إحداهما دون الأخرى.

و لعله لذا كان المحكى عن الدروس فيها القرعه، بل هذه أولى بالتوقف من الصوره التى أشار إليها المصنف بقوله و لو شهدت بالابتياع مطلقا و شهدت الأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه فى تأريخ متأخر قال الشيخ فى محكى المبسوط و الفاضل و الشهيد فى محكى التذكره و الدروس قدمت بينه الإيداع قبل المكاتبه إلى المودع و بعدها إن صدق لأنها انفردت بالملك فكانت أقوى، إذ لا يحتمل كون المودع غير مملوك بخلاف البيع، فجاز أن يكون غير مملوك، و حينئذ فيستصحب حكم الوديعه، بخلاف ما لو تقدم الإيداع الذى يجوز أن يتعقبه البيع.

و يكاتب المودع، فان صدق قضى ببينته، و سقطت الشفعه لأنه يكون بمنزله شهاده إحدى البينتين لواحد بالملك و الأخرى بالتصرف فإن الأول أقوى، لاحتمال التصرف غير المملك (الملك خ ل).

و إن أنكر قضى ببينه الشفيع لانتفاء حقه بتكذيب بينته فتسقط، و تبقى بينه الشفيع بغير معارض، فيجب العمل بها، إذ فيه أنه مع ذلك لا تنافى البيع، لأن الشهاده بالملك الايداعى يكفى فيها الاستناد

إلى العلم بالملک فی زمان متقدم مع عدم العلم بالمزیل الطاری، و عدم العلم به لا یدل علی عدمه، فحینئذ بینه الابتیاع تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأخری فیه و إن لم تصرح بالملک، و الله العالم.

و لو شهدت بینه الشفیع أن البائع باع و هو ملکه، و شهدت بینه الإیداع مطلقه قضی ببینه الشفیع لعدم التنافی و لم یراسل المودع لأنه لا معنی و لا فائده للمراسله هنا إذ لو صدق قوله لم یلتفت إلی قوله بعد قیام البینه علی بیعه الذی لا ینافیه وقوع الإیداع الممکن کون البیع بعده. و بالجمله فالمدار فی الصور کلها علی عدم التنافی أو الرجحان، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا تصادق البائع و المشتری أن الثمن غصب و أنکر الشفیع فالقول قوله]

المسأله الخامسه:

إذا تصادق البائع و المشتری أن الثمن المعین غصب و أنکر الشفیع فالقول قوله لأن إقرارهما إنما هو فی حقهما، فیجب رد الثمن علی المقر له، و لا یملک المشتری نماء الشقص المتخلل بین الشراء و الشفعه دونه، فیستصحب بقاء حقه الثابت بالاتفاق الأول و یأخذ بالشفعه مع کون الدرک علی المشتری، بل لا یمین لهما علیه بعد إقرارهما السابق إلا أن یدعی علیه العلم فیحلف علی نفیه، کل ذلک لا أجد فیه خلافا بین من تعرض له کالشیخ و الفاضل و الکرکی و ثانی الشهیدین، لکن لم یتعرضوا لحکم الثمن.

نعم فی المسالک «و یبقی حکم الثمن الذی یعترف به الشفیع، فإن المشتری یزعم أنه لا یستحقه لفساد الشراء، و کذلک البائع، فطریق التخلص منه أن یأخذه المشتری، و یدفعه إلی البائع لیأخذه مقاصه عن قیمه الشقص لزعمهما أنه غیر مستحق لأخذه، فإن بقی من الثمن بقیه عن القیمه فهی

مال لا يدعيه أحد، و محلها الحاكم» و هو جيد مع رضا المشترى الذى لا يستحق المطالبه بالقبض.

و لو أقر الشفيع و المشترى خاصه لم تثبت الشفعه، لفساد البيع فى حقهما دون البائع، و على المشترى رد قيمه الثمن أو مثله إلى صاحبه الذى حال بينه و بينه.

و فى القواعد «و يبقى الشقص حينئذ معه بزعم أنه للبائع، و يدعى عليه وجوب رد الثمن و البائع ينكرهما، فيشترى الشقص منه اختيارا و يتبارئان، فللشفيع فى الثانى الشفعه».

و هو جيد إن انتقل الثمن الذى فى يد البائع إلى المشترى بطريق شرعى إذا أريد الشراء به، إذ دفع القيمه للحيلوله لا يملك به، و مع ذلك لا يحتاج إلى المبارأه، اللهم إلا أن يفرض شراؤه بثمن كلى ينطبق على ما فى يد البائع، و الأمر سهل.

و لو أقر الشفيع و البائع خاصه رد البائع الثمن على المالك، لنفوذ إقراره فيه، و ليس له مطالبه المشترى بالشقص لأنه إقرار فى حق الغير.

و لا شفعه بعد اعتراف الشفيع بفساد البيع، و الله العالم.

[المسأله السادسه لو ادعى على من فى يده الشقص الشراء]

المسأله السادسه لو ادعى على من فى يده الشقص الشراء فقال: إنى اشتريته لفلان و كان حاضرا ففى القواعد و غيرها «سئل؛ فإن صدق ثبتت الشفعه عليه و إن قال: هو ملكى لم اشتره انتقلت الحكومه إليه».

قلت: قد يناقش فى اعتبار السؤال بناء على عدم اعتبار دفع الثمن فى الملك، أو اعتباره و قلنا بقيام الحاكم بإطلاق ما دل على ثبوتها

ببیع الشریک و نفوذ إقراره بالشراء له فی حقه بالنسبه للشفیع، و لا یسقط دعوی کونه للغیر.

و ربما یرشد إلی ذلک ما عن التذکره و التحریر و الدروس من الجزم بالحکم بها علیه لو کذبه الخصم. و فی جامع المقاصد و محکی الإیضاح أنه الأقرب، نعم فی القواعد علی إشکال من دون ترجیح، کالمحکی عن الشهید فی الحواشی، و وجه بأنه قد نفاه عن نفسه بنسبته إلی الغیر، و دفع بتکذیب الغیر له، فیبقی إقراره مسموعا علی ما فی یده.

و فیه أن تکذیب الغیر له لا یبطل إخراجه له عن نفسه، فلیس حینئذ إلا الحکم ظاهرا بکون الشراء له حتی یعلم، فمع عدم العلم یحکم بکونه له و یؤخذ منه و الدرک علیه، و هو إن تم ینبغی أن یکون کذلک مع الحضور من غیر حاجه إلی السؤال، بل مع فرض عدم العلم بکون الغیر المنسوب إلیه مالکا لم یسمع منه ذلک فی حق الشفیع. و بالجمله فکلامهم لا یخلو من تشویش.

و کیف کان ففی جامع المقاصد و عن الإیضاح «أن الثمن یدفع للحاکم إلی أن یظهر مالکه» و عن حواشی الشهید أنه یبقی فی ید الشفیع إلی أن یدعیه المقر له، أو یدفع إلی الحاکم إلی أن یدعیه المقر الذی هو الخصم».

قلت: قد یشکل ذلک من أصله بناء علی اعتبار دفع الثمن للمشتری فی تملک الشقص، و هو غیر متحقق هنا، لنفی المقر له بالتکذیب و المقر بالإقرار، و قیام الحاکم مقام المشتری فی ذلک لا دلیل علیه، نعم لو قلنا بالملک بالأخذ یتجه ذلک، و یکون حکمه کالمال المقر به لزید، و هو ینفیه و قد تقدم الکلام فیه فی کتاب الإقرار.

هذا إن لم نقل بالحكم فی ظاهر الشرع علیه بالشراء و إلا ألزم بالقبض، فان امتنع أو تعذر قام الحاكم مقامه، فتأمل جیدا.

و إن كان المنسوب إلیه غائبا ففی القواعد و جامع المقاصد و محكی التذكره و التحریر و الدروس انتزعه الحاكم و دفعه إلی الشفیع إلی أن یحضر و یكون علی حجته إذا قدم أی و قال: هو ملكی لم أشتره، و إلا فإذا صدق أو كذب فالحكم ما سمعته.

نعم قد یشكل ذلک كله بما عرفت بناء علی اعتبار دفع الثمن فی التملک، و الضرر بتأخیر حق الشفیع لا یدفع بالضرر علی ذی المال بأخذ ماله قبل وصول الثمن إلیه مع أن الشفعه علی خلاف الأصل.

و لعله لذا احتمل فی التحریر الانتظار حتی یحضر، و هو جید و إن كان یجری فیه ما سمعت أیضا.

و لو قال: «اشتریته للطفل» و له علیه ولایه ففی جامع المقاصد و محكی التذكره و الحواشی و الدروس ثبوتها لما قیل من أنه یملک الشراء، فیملک إقراره فیه- و إن كان قد ینتقض فی الوكیل- و لصحه إخبار المسلم و لأنه یقبل إقراره بدین علیه كما یومئ إلیه قوله تعالی(۱)«فلیملل ولیه بالعدل» لكن عن التحریر «أن الأقرب العدم، لأنه إقرار علی الصغیر فلا ینفذ» و هو كما تری.

و لو أقر بالشراء بعد أن اعترف أنه ملک لغیره لم یسمع لكونه إقرارا بإثبات حق الشفعه علی مال الغیر، بل لعله كذلک فی المولی علیه بناء علی عدم نفوذ إقراره علیه، و هو بخلاف ما لو أقر بالشراء ابتداء فان الملک ثبت له به فیتبعه الحق فیه.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۸۲.

[المسأله السابعه لو أنكر المشترى ملكيه مدعى الشفعه افتقر ذو الشفعه إلى البينه]

المسأله السابعه:

لو أنكر المشترى ملكيه مـدعى الشـفعه افتقر ذو الشـفعه إلى البينه إن لم تكن له يـد، و إلا كفت يـده التى هى سـبب شـرعى فى الحكم بالملـك، و إن قـال فى القواعـد «و فى القضاء له بها إشـكال» بل عن التحرير الجزم بعـدم كفايتها و الافتقار إلى البينه، و وجه بأن دلالتها ضـعيفه على الملك، فيقتصـر فيها على عدم الانتزاع منه بالدعوى و عدم الاحتياج إلى البينه دون استحقاق انتزاع ملك الغير قهرا المخالف للأصل.

إلا أن ذلك كما ترى، نعم قد يقال: إن له اليمين عليه و إن اقتصر على نفيه عنه من دون دعواه له.

[المسأله الثامنه لو ادعى على أحد وارثى الشفعه العفو فشهد له الآخر الذى له الشفعه أيضا]

المسأله الثامنه:

لو ادعى على أحـد وارثى الشـفعه العفو فشـهد له الآـخر الـذى له الشـفعه أيضـا لم يقبل بناء على رجوع حصه العافى إليه، بل لو عقب ذلك بالعفو ثم شـهد لم تقبل على ما صـرح به الفاضل و الشهيد الكركى، لاستصحاب الرد و إن كان لا يخلو من إشكال، أما لو شهد ابتداء بعد العفو فلا إشكال فى القبول.

و لو ادعى عليهمـا معـا مثلاـ العفو فحلفـا ثبتت الشـفعه، و لو نكـل أحـدهما فـإن صـدق الحالف الناكل فالشـفعه لهما بالحلف و التصديق، و دركـ ما يأخذه الناكل على المشترى لترتب يده على يده و إن كان السبب اعتراف الشريكـ الآخر.

و لا- يرد يمين الناكل على المشترى، كما عن المبسوط و التذكره و الدروس، و لعله لعدم الفائده له بعد حلف الآخر الذى صارت الشفعه له.

نعم عن التذكره «إن عفا الحالف بعد يمينه كان للمشترى أن يحلف الآن، لأنه يسقط الشفعه عنه».

قلت: قد يقال: إن له الرد و فائدته إمكان عفو الآخر أو غير ذلك بل قد يؤيده ما تسمعه من حلفه مع الشاهد على عفو أحدهما.

و لو كذب الحالف الناكل فى كونه لم يعف احلف الناكل هذا الحالف على عدم العفو، لأن دعواه العفو غير دعوى المشترى، فان نكل قضى للحالف بالجميع بنكوله أو بعد يمينه.

و لو شهد أجنبى بعفو أحدهما ففى القواعد و محكى المبسوط و التذكره و التحرير و غيرها أنه إن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعه، و إلا- أخذ الآخر الجميع، و ظاهرهم أو صريحهم جواز الحلف قبل عفو الآخر مع أنه لا فائده فيه، لرجوع الحق جميعه لشريكه نحو ما سمعته فى رد يمين الناكل، و كل فائده تتصور هنا تتصور هناك.

و لو اعترف أحد الوارثين ببطلان الشراء فالشفعه بأجمعها للآخر المعترف بالصحه، و كذا لو اعترف بالإرث أو الاتهاب دون الآخر بعد ثبوت الشراء.

و لو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت، بل و قبله و إن قطع فى جامع المقاصد بعدم القبول كما عن التذكره و التحرير، بل هو ظاهر القواعد أيضا، لأنه يجر إلى نفسه نفعا إذا أفلس المشترى، فإنه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه هنا و فى كتاب الشهادات من عدم قدح مثل هذه التهمه فى شهاده العدل، و الله العالم.

إلى هنا تم الجزء السابع و الثلاثون، و قد بذلنا الجهد فى تنميقه و تحقيقه و التعليق عليه و تصحيحه، فنشكره تعالى على ما وفقنا لذلك، و نسأله أن يديم توفيقنا لإخراج بقيه الأجزاء و يزيد من فضله أنه ذو الفضل العظيم.

و يتلوه الجزء الثامن و الثلاثون فى كتابى إحياء الموات و اللقطه إنشاء الله تعالى.

النجف الأشرف محمود القوچانى

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ۱۴۲۶ الهجري في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثرها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوي تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبيّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیۀ العمل.

نشاطات المؤسسۀ:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامۀ المسابقات فی مطالعۀ الکتب

إقامۀ المعارض الالکترونیۀ: المعارض الثلاثیۀ الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنۀ الدینیۀ والسیاحیۀ

إنتاج الأفلام الکرتونیۀ والألعاب الکمبیوتریۀ

افتتاح موقع القائمیۀ الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیۀ وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلۀ والاستفسارات الدینیۀ والأخلاقیۀ والاعتقادیۀ والردّ علیها

تصمیم الأجهزۀ الخاصۀ بالمحاسبۀ، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالۀ القصیرۀ ((sms

إقامۀ الدورات التعلیمیۀ الالکترونیۀ لعموم الناس

إقامۀ الدورات الالکترونیۀ لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسۀ وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ۸ أنظمۀ؛

JAVA.۱

ANDROID.۲

EPUB.۳

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.۷

GHB.۸

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیۀ للکتاب علی موقع القائمیۀ ویمکن تحمیلها علی الأنظمۀ التالیۀ

ANDROID.۱

IOS.۲

WINDOWS PHONE.۳

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیۀ والانجلیزیۀ والفارسیۀ

الکلمۀ الأخیرۀ

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.